

BIANCA DE FREITAS MAZUR

**OS TIPOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO  
COMO CAPÍTULO DO DIREITO PENAL**  
**Análise de seus aspectos, elementos e características**

Dissertação apresentada como requisito final  
para a obtenção do título de mestre em Direito  
das Relações Sociais pela Universidade  
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez  
Ramos.

CURITIBA

2005

BIANCA DE FREITAS MAZUR

OS TIPOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO  
COMO CAPÍTULO DO DIREITO PENAL  
Análise de seus aspectos, elementos e características

Aprovado em: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS (Orientador):

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. LUIZ ALBERTO MACHADO:

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. SÉRGIO FERNANDO MORO:

\_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos, por todo o auxílio prestado na elaboração desta dissertação; ao meu marido, Marcos Josegredi da Silva, por toda a força e motivação dispensadas no curso da elaboração deste trabalho; e aos meus pais, Antonio Cesar e Elisabeth Mazur, por todo apoio que sempre me deram.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>06</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>07</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1. DIREITO PENAL, DIREITO PENAL ECONÔMICO E OS DELITOS ADUANEIROS .....</b>	<b>17</b>
1.1 Uma Nova Concepção de Direito Penal.....	17
1.2 A Nova Geração de Bens Jurídicos Tutelados.....	22
1.3 Os Princípios Fundamentais do Direito Penal.....	29
1.4 Direito Penal Econômico: Origem, Conceito e o Bem Jurídico Tutelado ...	35
1.5 Os Delitos Econômicos e os Delitos Aduaneiros como Objeto do Direito Penal Econômico .....	41
<b>CAPÍTULO 2. CONTRABANDO E DESCAMINHO: O ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>48</b>
2.1 Histórico, Conceito e Natureza.....	48
2.2 O Artigo 334: Análise de Sua Tipicidade e o Conceito Analítico de Crime.	57
2.3 Consumação e Tentativa e a Definição da Competência para o Processamento e Julgamento dos Delitos .....	72
2.4 Estágio Atual da Prática do Contrabando e Descaminho no Brasil.....	79
<b>CAPÍTULO 3. HIPÓTESES DE DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS CORRESPONDENTES AOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO...</b>	<b>83</b>
3.1 O Princípio da Insignificância e sua Aplicação nos Crimes de Contrabando e Descaminho .....	83
3.1.1 Princípio da Insignificância: Construção Histórica, Conceito e Fundamentos .....	84
3.1.2 Critérios para a Determinação da Incidência do Princípio nos Crimes de Contrabando e Descaminho .....	94
3.1.3 A Posição da Doutrina e da Jurisprudência .....	105
3.2 Contrabando e Descaminho como Objeto do Direito Econômico e a Extinção da Punibilidade do Agente.....	115

3.2.1 Aspectos Comuns e Distintivos entre o Descaminho e demais Delitos Fiscais.....	116
3.2.2 A Independência entre o Procedimento Administrativo e o Processo Criminal.....	123
3.2.3 O Artigo 83 da Lei nº 9430/96 como Questão Prejudicial da Ação Penal .....	127
3.2.4 Extinção da Punibilidade prevista nas Leis Fiscais e a Posição dos Tribunais Pátrios.....	156
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>178</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>190</b>

## RESUMO

O Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 1940) prevê em seu artigo 334 os delitos de contrabando e descaminho. Aludido artigo prescreve dois tipos penais, consistindo o primeiro na exportação ou importação de mercadoria proibida e o segundo na ilusão, total ou parcial, de tributo ou direito devido pela exportação ou importação de mercadorias não proibidas. Embora os conceitos e a estrutura formal desses tipos penais não tenham sofrido alterações significativas desde a edição do Código, adquirem eles, atualmente, grande importância, principalmente em decorrência das mudanças impostas pela globalização e o avanço tecnológico, que exigem sejam aqueles tipos reavaliados. O objetivo desta obra, assim, é o estudo dos delitos de contrabando e descaminho sob uma nova ótica, marcada por uma moderna concepção de Direito Penal e entendendo-os como objeto do Direito Penal Econômico. Afinal, os efeitos decorrentes da globalização incidiram no próprio Direito Penal, sobre o qual se passou a fazer uma nova leitura mediante a adoção de modernos critérios de política criminal. Destarte, além dos princípios gerais que já o orientavam, o Direito Penal viu-se submetido aos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da insignificância. Ao mesmo tempo, em decorrência do maior intervencionismo estatal, o Direito Penal passou a tutelar também os chamados bens jurídicos “supraindividuais”, dentre os quais assumiu destaque a tutela da ordem econômica. Dada a relevância e a necessidade de maior proteção a esse bem jurídico, firmou-se como ramo autônomo o chamado “Direito Penal Econômico”, responsável pela tipificação dos delitos econômicos, dentre os quais se encontram os delitos aduaneiros. Assim, sendo o contrabando e o descaminho os principais exemplos dos delitos aduaneiros, o surgimento do “Direito Penal Econômico” tornou imperativa a análise daqueles tipos penais pela sua ótica, estendendo-se a eles o mesmo tratamento dado aos demais delitos econômicos. As mudanças ocorridas na sociedade e os reflexos que causaram no Direito, portanto, permitiram fosse dado aos delitos de contrabando e descaminho um novo tratamento, descriminalizando-se determinadas condutas que formalmente se enquadrariam na descrição daqueles tipos penais tendo em vista a mínima lesão causada ao bem jurídico tutelado, ante a incidência do princípio da insignificância ou o reconhecimento, no caso específico do descaminho, da extinção ou da inexigibilidade do tributo em tese devido. Por outro lado, os avanços tecnológicos fizeram com que surgisse uma nova modalidade criminosa, consubstanciada no chamado “crime organizado”, que também se difundiu na prática dos crimes de contrabando e descaminho, principalmente em decorrência das condições geográficas e sociais de nosso país, demandando atuação e resposta efetivas do Direito Penal. As condutas caracterizadoras dos crimes de contrabando e descaminho, nesses termos, apenas devem ser objeto de atuação do Direito Penal quando implicarem lesão efetiva ao bem jurídico tutelado, justificando, assim, a imposição da mais grave das sanções trazida pelo ordenamento jurídico.

## ABSTRACT

The Brazilian Criminal Code (Decree-Law # 2.848, dated 1940) provides for the smuggling and duty fraud offenses in article 334. Said article describes two different criminal offenses, the first consisting in importing or exporting prohibited merchandise and the second in the total or partial evasion of taxes or duties on the importation or exportation of non-prohibited goods. Though the concept and formal structure of those two types of offenses have not been materially altered since the Code was issued, they have acquired substantial relevance recently, in particular as a consequence of the changes imposed by globalization and technological progress, demanding their reevaluation. The objective of this work is, therefore, to study smuggling and duty fraud offenses from a new angle, marked by a modern view of Criminal Law and considering such offenses the subject matter of Economic Criminal Law. After all, the effects of globalization impacted Criminal Law itself, now under a new reading with the adoption of modern criminal policy criteria. Therefore, in addition to the general guiding principles, Criminal Law is now subject to the principles of minimum intervention, social adequacy and immateriality. Simultaneously, as a consequence of the greater state interventionism, Criminal Law now also protects the so-called “supra-individual” legal rights, among which the protection of the economic order stands out. Considering the relevance and the need for greater protection of this legal right, the so-called “Economic Criminal Law” gained weight as an independent branch, incumbent with depicting economic offenses, among which are customs offenses. Therefore, smuggling and duty fraud being the main examples of customs offenses, the rise of “Economic Criminal Law” rendered imperative the analysis of those two offenses from that standpoint, extending them the same treatment given to all other economic offenses. The changes that took place in society and their repercussion on Law thus led to a new treatment of the smuggling and duty fraud offenses: some acts that would formally fit the description of such offenses were decriminalized because of the minor damage caused to the protected legal right, in view of the principle of immateriality or the acknowledgement, in the specific case of duty fraud, of the extinction or unenforceability of the theoretically payable duty. Technological advances, in turn, originated a new type of crime, embodied in the so-called “organized crime”, that now pervades smuggling and duty fraud, mainly as a consequence of the geographical and social particularities of our country, demanding effective initiatives and response from Criminal Law. Actions that would fit the description of smuggling and duty fraud offenses, in that sense, could only be the subject matter of Criminal Law enforcement when they imply actual damage to the protected legal right, thus justifying the imposition of the most severe penalties provided by law.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, apresentado como dissertação para a obtenção do título de mestre em Direito das Relações Sociais, pela Universidade Federal do Paraná, traz como tema a análise dos crimes de contrabando e descaminho, tipificados, atualmente, no artigo 334 do Código Penal pátrio.

O estudo aprofundado e a reflexão sobre os delitos de contrabando e descaminho adquirem grande importância na atualidade, principalmente ante as mudanças impostas pela globalização e o avanço tecnológico, que exigem uma reavaliação geral desses tipos penais.

Vivemos, neste início do século XXI, sob a égide das relações econômicas. A economia está globalizada, grandes blocos econômicos foram formados, as relações comerciais entre os blocos e as nações se intensificaram, tribunais internacionais reguladores das transações econômicas foram criados, apenas para citar alguns aspectos relevantes.

No entanto, no que concerne à justiça social, essa doutrina econômica gerou problemas, levando à busca desenfreada pelo poder econômico. O próprio Estado deixou de lado uma postura liberal, passando a intervir na esfera econômica. Característica marcante desse processo de desenvolvimento, portanto, foi o surgimento de uma nova modalidade criminosa, representada pela chamada “criminalidade econômica”.

Os delitos de contrabando e descaminho, embora reconhecidos há muito tempo pelos ordenamentos jurídicos em gerais como modalidades delitivas, assumiram, nestes termos, uma nova feição, passando a integrar, dentro de seus aspectos peculiares, aquele tipo de criminalidade.

Fez-se necessário, assim, ante as falências inerentes ao Estado na preservação de sua ordem econômica, que o próprio Direito Penal também se especializasse, passando a tutelar não só aqueles bens jurídicos fundamentais ao indivíduo em si mesmo considerado, mas também aqueles bens “supraindividuais” –



saúde, educação e ordem econômica –, objetivando garantir ao indivíduo condições de viver em sociedade.

A noção de política econômica tal como se conhece atualmente remonta ao pós Primeira Guerra, intensificando-se a partir da crise de 1929 nos Estados Unidos. Apresenta-se como consequência direta da concentração de empresas e relacionamento de massas, exigindo a interferência de um intermediário apto a influir no direcionamento e na condução da economia. Surgem, então, medidas de política econômica adotadas pelos Estados e que passaram a interessar ao Direito, à vista do conjunto sistemático de normas destinadas a reger a economia, emanadas pelo ente estatal. Surgiu, daí, o Direito Econômico e, ante a necessidade de intervenção também da esfera penal, o Direito Penal Econômico.

Evidentemente, em um Estado Democrático de Direito, norteado por valores constitucionais como ocorre no nosso, toda decisão de política econômica – e, antes ainda, da própria ordenação jurídica respectiva – há de derivar da Constituição Federal. Nesse passo, importante apontar os princípios que, direta ou indiretamente, orientam a Ordem Econômica e, por consequência, o Direito Econômico e as Políticas Econômicas a serem empreendidas no País. Destacam-se, exemplificativamente, além daqueles expressamente dispostos no Título VII da Constituição Federal, em particular no seu art. 170, os seguintes: dignidade da pessoa humana; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; valores sociais do trabalho e livre iniciativa; garantia do desenvolvimento nacional; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades regionais e sociais; pleno emprego; tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte; proteção da empresa nacional; garantia do direito de greve; erradicação da pobreza. Em vista da natureza desses princípios, devem ser eles sempre observados pelo Direito Econômico e, ante a necessidade de se preservá-los, também e primordialmente pelo Direito Penal Econômico.

A relação entre Direito Penal e Economia sempre apresentou grande importância na sociedade, definindo-se delitos que tivessem repercussão econômica ou fossem decorrentes daquela esfera. No período entre as duas grandes guerras mundiais essa relação estreitou-se sobremaneira, marcada principalmente pela

intervenção do Estado na economia. Fez-se necessária, então, a intervenção naquela seara também do Direito Penal, com o fim de garantir a estabilidade da ordem econômica, defendida nos Estados Democráticos de Direito.

Surge, assim, como “consequência penal da intervenção crescente do Estado na Economia, já que a regulação da economia pelo organismo estatal sempre foi acompanhada por preceitos penais”<sup>1</sup>, o Direito Penal Econômico, que pode ser conceituado como “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”<sup>2</sup>.

Na medida em que o Direito Penal Econômico tem por objetivo a tutela da ordem econômica, torna-se inegável o reconhecimento de que o contrabando e o descaminho, na forma como tipificados pelo Código Penal brasileiro, devem se enquadrar também naquela categoria, haja vista o bem jurídico por eles tutelados. Os crimes de contrabando e descaminho apresentam-se, destarte, como expressão do direito penal econômico, eis que, como delitos aduaneiros, ocupam o espaço de incidência daquele.

Sob essa nova feição, portanto, apresentam-se modernamente as condutas caracterizadoras dos crimes de contrabando e descaminho e que, por isso mesmo, demandam uma nova leitura, orientada pela própria concepção de Direito Penal Econômico e a forma como se deve dar sua intervenção.

Ao mesmo tempo, a leitura dos tipos penais a que se propõe o presente trabalho deverá estar vinculada à moderna concepção de Direito Penal, que o compreende como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, apenas intervindo quando, de fato, a lesão causada ao bem jurídico tutelado exigir a reprimenda daquela esfera do Direito.

---

<sup>1</sup> CONDE, Francisco Muñoz. Principios Político-criminales que Inspiran el Tratamiento de Los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, p.7-8, *apud* JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Contrabando: Uma revisão de seus Fundamentos Teóricos*, p. 10.

<sup>2</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*, p. 10.

Observa-se, na atualidade, dois aspectos distintos das condutas criminosas em questão. Por um lado, são elas praticadas por pessoas cujo intuito não se volta propriamente à criminalidade, que a elas recorrem como saída ao desemprego característico de nosso país, sem, contudo, afetar de forma significativa o bem jurídico tutelado pela norma penal. De outra parte, vislumbramos a dominação daquelas modalidades delitivas pelo chamado “crime organizado”, culminando em uma efetiva lesão à administração pública e, conseqüentemente, à ordem pública, causando lesão não só ao Estado, mas à própria coletividade.

Tocante ao primeiro aspecto supracitado e levando-se em conta as modernas características do Direito Penal, mediante a aplicação de novos preceitos de política-criminal, inegável reconhecer-se a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, afastando, conforme o caso, a tipicidade da conduta e, conseqüentemente, retirando-lhe o caráter de crime.

Outra hipótese de descriminalização das condutas que formalmente se amoldam aos tipos penais descritos no artigo 334 do Código Penal brasileiro, particularmente ao descaminho, consiste na extinção da punibilidade pelo pagamento do imposto de importação devido. Como delito econômico que é e em decorrência do enfoque que esta obra pretende dar à análise do descaminho, importante salientar que, ao apresentar ele a natureza de delito fiscal, deve merecer o mesmo tratamento dado pela legislação a outros delitos fiscais. Nesses termos, o reconhecimento da inexigibilidade do tributo devido em decorrência da exportação ou importação de mercadorias, ou a sua extinção pelo pagamento, elidem a incidência do tipo penal em questão, devendo levar à extinção da punibilidade do agente.

O presente trabalho, portanto, terá por objetivo o estudo do contrabando e do descaminho sob esse “novo enfoque”, enquadrando-os como objeto de tutela do “Direito Penal Econômico”, marcado por uma concepção moderna, ao qual são aplicáveis preceitos de política-criminal.

Para a análise dos tipos penais de contrabando e descaminho, importante ressaltar, ainda, que se faz necessária a exposição de algumas premissas fundamentais, que nortearão o estudo aqui pretendido. Como está se

lidando com fenômenos jurídicos, deve-se, primeiramente, expor o que se entende por Direito, problema este que se apresenta como chave para a compreensão dos fenômenos jurídicos.

A noção de Direito, via de regra, está relacionada com o Direito Estatal contemporâneo. Em um sentido mínimo e ordinário, pode-se dizer que o Direito é representado pelos fenômenos sociais da coação aplicada de modo sistemático e organizado e com alguma efetividade. Esta coação, que vem a ser aplicada pelas instituições, deve ser regulada pelo Direito e a própria produção do Direito deve ser por ele mesmo regulada<sup>3</sup>.

A par de todas as noções existentes acerca de “Direito”, decorrentes de um posicionamento jusnaturalista, positivista, normativista ou realista, cumpre ressaltar que tomaremos por parâmetro a noção de Direito introduzida por Giorgio DEL VECCHIO, para quem “o Direito traça uma distinção entre ações possíveis, separando as justas (lícitas) das injustas (ilícitas)”<sup>4</sup>. Destarte, o conceito de Direito estará relacionado ao campo dos valores, dependendo a noção de licitude do espaço e do tempo em questão.

Por Direito Penal, entenderemos como sendo aquele ramo do Direito Público no qual o Estado proíbe, mediante a ameaça de uma pena, determinados comportamentos humanos (ações ou omissões).

Importante salientar, nesse aspecto, que será considerada, ainda, uma moderna concepção de Direito Penal, amparada pelos conceitos de fragmentariedade e subsidiariedade e representada, especialmente, pelo princípio da intervenção mínima. Nesse sentido, entendemos que o Direito Penal não deve ser encarado como a panacéia de todos os males, pelo contrário, deve ser visto sempre como a *ultima ratio* do Direito, atuando apenas quando da efetiva afetação do bem jurídico tutelado.

Assim, partindo-se da valoração de condutas conforme o tempo e o espaço em análise, será possível considerarmos como lícitas condutas que em

---

<sup>3</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Contrabando: Uma revisão de seus Fundamentos Teóricos*, p. 2.

<sup>4</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 3.

momento anterior mereciam a reprovação do Direito Penal. A justificativa a isso decorre da imputação objetiva, em face da qual a aceitação da sociedade leva ao desvalor da ação e a mínima lesão causada ao bem jurídico tutelado ao desvalor do resultado, excluindo-se, assim, a tipicidade da conduta.

Assim, se “Direito é uma forma de controle social, que deve garantir a convivência de todos os cidadãos, Direito Penal é a sua forma mais drástica. Quando as violações a bens jurídicos fundamentais assumem determinadas proporções e não há outros meios de controle social que se mostrem eficazes, utilizam-se os instrumentos deste ramo do Direito para resolver os conflitos”<sup>5</sup>. Destarte, a *contrario sensu*, quando a afetação do bem jurídico for mínima, não deverá ele intervir.

Vislumbra-se, portanto, duas manifestações de Direito Penal: uma na qual deve ser ele concebido como *ultima ratio*, intervindo apenas nas esferas onde for de fato exigível tal interferência, determinada, notadamente, pela ínfima lesão causada ao bem jurídico tutelado; e outra na qual, ante o intervencionismo estatal, fez-se necessária sua intervenção para a proteção da ordem econômica. A análise dos crimes de contrabando e descaminho, tipificados no artigo 334 do Código Penal Brasileiro, será feita sob esse enfoque.

Inicialmente, portanto, serão analisados a origem e o conceito de Direito Penal Econômico, delimitando-se o bem jurídico por ele tutelado. Serão apresentados alguns conceitos básicos, desde o Direito Econômico até o Direito Penal Econômico, buscando-se, a partir daí, contextualizar os delitos aduaneiros neste último, em função de uma visão mais ampla que lhe será atribuída, mormente a partir da definição do correspondente bem jurídico tutelado.

Situado o leitor na “ótica” do Direito Penal Econômico, passar-se-á, no capítulo II, ao estudo específico das condutas tipificadas no artigo 334 do Código Penal e que caracterizam os crimes de contrabando e descaminho, analisando-se seus aspectos a partir do conceito tripartido de crime.

---

<sup>5</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 4.

Abordaremos, primeiramente, a trajetória daqueles crimes na história do Direito Penal brasileiro, indicando a forma como eram tratados no período colonial e pelos Códigos Penais de 1830, 1890 e 1940. Feito esse estudo histórico, será analisado o conceito de cada um daqueles delitos, expondo-se particularmente a diferença que existe entre eles. Os crimes em questão serão também analisados em todos os seus elementos, expondo-se o tipo objetivo, tipo subjetivo e o bem jurídico tutelado. Outrossim, será analisado o momento consumativo de cada um daqueles delitos, bem assim o juiz natural competente para o julgamento da causa, quando constatada a prática dos crimes em estudo.

No capítulo III, sob a ótica de um direito penal mínimo, serão analisados os fatores que levam à descriminalização das condutas que, formalmente, enquadram-se na descrição dos tipos penais insculpidos no artigo 334 do Código Penal.

Primeiramente, o contrabando e o descaminho serão analisados à luz do princípio da insignificância, expondo-se sua origem, desenvolvimento histórico, conceito e características. Em cima desses dados, discorrer-se-á, então, sobre a possibilidade de sua aplicação aos crimes de contrabando e descaminho, apresentando-se as circunstâncias que levarão à sua incidência.

Buscar-se-á difundir a aplicação do princípio da insignificância, exemplificando as hipóteses em que poderá incidir no caso concreto. Hipóteses essas que erigidas à condição de crime e originando a ação penal respectiva, acabam não só por obstar o regular desenvolvimento do Poder Judiciário, mas, principalmente, “taxar” o cidadão de criminoso – colocando-o em igual posição a quem realmente faz jus a tal título – em decorrência da prática de uma conduta incapaz de efetivamente lesar o bem jurídico e que, de certa forma, é aceita pela sociedade em geral, que não mais a considera “crime”.

A contribuição desse princípio, que vem atuar como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal e, conseqüentemente, de descriminalização judicial, é indispensável, pois, ao processo de modernização do Direito Penal e de sua adequação à nova política criminal que se apresenta.

Nesses termos, é de se salientar que os aplicadores do Direito devem zelar para que a aplicação do Direito Penal seja presidida por princípios legitimadores do sistema, em consonância com as aspirações sociais dominantes. Afinal, os princípios são a base de sustentação de todo o sistema jurídico, representando para este algo de muito maior valor do que as regras, haja vista que concretizam os seus valores (do sistema)<sup>6</sup>.

Em segundo lugar, a análise dos crimes de contrabando e descaminho, particularmente deste último, será feita sob a ótica do Direito Penal Econômico, reconhecendo-se a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, seja mediante o pagamento do tributo devido pela importação e/ou exportação de mercadorias, seja pelo reconhecimento da inexigibilidade daquele tributo. Apresentar-se-ão os aspectos comuns e distintivos entre o descaminho e os demais delitos de sonegação fiscal, bem como será analisada a independência entre as esferas administrativa e criminal e a existência de uma possível prejudicialidade ante a previsão contida no artigo 83 da Lei nº 9.430/96. Outrossim, reconhecendo-se a existência de questão prejudicial naquele dispositivo, bem assim a influência que o pagamento do tributo ou o reconhecimento administrativo de que não é ele exigível exerce na caracterização do crime, serão analisadas as hipóteses de extinção de punibilidade previstas em nosso ordenamento jurídico. Nesses termos, reconhecendo-se a existência de uma questão prejudicial e a possibilidade de extinção da punibilidade penal do agente no caso de determinados delitos econômicos, demonstrar-se-á como essa hipótese de descriminalização também deverá incidir nas condutas caracterizadoras, em tese, do crime de descaminho.

Importante salientar que, em todos os capítulos do presente trabalho, as constatações feitas pela autora decorrerão, além de pesquisa feita na doutrina, da análise dos julgamentos proferidos pelos tribunais pátrios, demonstrando, assim, o entendimento atual e predominante nos tribunais.

O objetivo dessa dissertação ao analisar os crimes de contrabando e descaminho conforme os aspectos anteriormente referidos é de trazer à doutrina uma contribuição, ampliando o espaço que deve ser dado ao estudo específico de

---

<sup>6</sup> MAGALHÃES, Joseli de Lima. *O princípio da insignificância no Direito Penal*, artigo extraído da Internet em 10.05.2001. Disponível site: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>.

cada um dos tipos penais, sem abrir mão, obviamente, dos preceitos e elementos gerais do Direito Penal.

Assim, enquanto, por um lado, em decorrência dos inúmeros problemas sociais que assolam nosso país e de sua localização geográfica (apresentando grande extensão e várias fronteiras), os inúmeros casos de descaminho e contrabando constatados, na maioria dos quais o valor do tributo desviado é insignificante, que se figura irrelevante movimentar todo o aparato judiciário, toda a estrutura do direito penal, defender-se-á a atuação de um direito penal mínimo, mediante a aplicação do princípio da insignificância; por outro, verificando-se que, recentemente, tais modalidades delitivas apresentam-se controladas pelo crime organizado, principal forma de execução dos delitos econômicos, exigir-se-á uma resposta efetiva do direito penal.

Outrossim, reconhecendo o crime de descaminho como delito econômico, estender-se-á a ele, ante o princípio da isonomia, a mesma aplicação dada aos demais delitos contra a ordem tributária, de forma que, descaracterizado o tributo iludido, seja por seu pagamento, seja pelo reconhecimento de sua inexigibilidade, o Direito Penal não deverá atuar, restando extinta a punibilidade do agente.

O Poder Judiciário em nosso país sofre graves críticas no que concerne à sua celeridade e à velocidade do trâmite processual. A lentidão para a efetivação da prestação jurisdicional se mostra mais grave ainda em matéria criminal, comprometendo os efeitos decorrentes da aplicação da sanção penal. Em face disso, a teoria do Direito Penal mínimo vem justamente para incentivar a adoção de mecanismos de descriminalização, afastando a natureza do caráter ilícito de uma conduta e permitindo que o Judiciário possa se ocupar mais efetivamente e com maior rapidez dos processos que impliquem, efetivamente, uma resposta interessante à sociedade.

Como se disse, as condutas delitivas caracterizadoras do contrabando e do descaminho deverão ser atingidas pelo Direito Penal tão-somente quando sua intervenção for necessária, isto é, quando efetivamente houver uma lesão ao bem jurídico tutelado.



## CAPÍTULO 1. DIREITO PENAL, DIREITO PENAL ECONÔMICO E OS DELITOS ADUANEIROS

### 1.1 Uma Nova Concepção de Direito Penal

A presente dissertação, ao se propor a abordar os tipos penais elencados no artigo 334 do Código Penal brasileiro – contrabando e descaminho –, não pode deixar de tratar, inicialmente, dos novos conceitos hodiernamente adotados pelo Direito Penal e que interferem, em menor ou maior grau, no exame dessas modalidades delitivas.

Com a expressão “Direito Penal” designam-se, conjunta ou separadamente, duas entidades diferentes: o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e/ou o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal<sup>7</sup>. Hans WELZEL entende que “o Direito Penal é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança”<sup>8</sup>. Conforme definição de Francesco ANTOLISEI, o Direito Penal é o ramo do Direito Público no qual o Estado proíbe, mediante a ameaça de uma pena, determinados comportamentos humanos (ações ou omissões)<sup>9</sup>.

Nesses termos, é o Direito Penal um meio necessário à defesa social, mas não deve ser considerado o caminho para a solução de todos os males da sociedade. Como refere H. MAYER, citado por Francisco de Assis TOLEDO, “o crime é violação de bens jurídicos, mas, para além disso, é violação intolerável da ordem moral”<sup>10-11</sup>.

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, p. 85.

<sup>8</sup> WELZEL, Hans *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, p. 1.

<sup>9</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penal*, p. 3, *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>10</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>11</sup> Por bem jurídico, entendemos, com Francisco de Assis TOLEDO, “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”, ou, como complementa, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. *Op. cit.*, p. 16.

O Direito Penal hodierno não representa mais um instituto cruel, injusto, de vingança privada, como era em tempos antigos. Com a sua evolução, passou por uma eticização, sendo uma forma de controle da sociedade.

Sua atuação mostra-se paradoxal: ao mesmo tempo em que tutela a liberdade dos membros da sociedade, apresenta-se como represália a mais grave das sanções, privando aquele que é atingido por sua atuação de sua liberdade individual. Como ressalta José Henrique Guaracy REBÊLO, o Direito Penal “garante bens jurídicos essenciais com a privação destes mesmos bens”<sup>12</sup> e, muitas vezes, é utilizado de maneira demagógica por nossos governantes, o que pode conduzir à prescrição de penas excessivas, que sugerem retribuição exagerada, lesando a coletividade ao invés de protegê-la.

A dogmática penal apresenta-se, hoje, numa situação de desgaste, decorrente da polêmica travada entre os chamados causalistas e finalistas, que levou muitos a sustentarem a sua insuficiência e sua desconexão com a realidade social. De fato, a dogmática penal acabou se dedicando tão-somente a elaborações abstratas, abandonando as particularidades do caso concreto e fechando as portas a qualquer consideração da realidade social<sup>13</sup>, despertando, assim, a reação de alguns penalistas.

Claus ROXIN é daqueles que mais investem contra as “deprimentes dificuldades” suscitadas por uma dogmática distanciada da realidade social e, como sintoma dessa situação de desgaste, apresenta-se o fato de a disputa pela teoria final da ação, que em meados de 1950 levou a tantas polêmicas, hoje despertar pouco interesse, pois não mais se acredita nos resultados que podem ser extraídos dos conceitos sistemáticos superiores, pensando-se, ao contrário, na pouca utilidade prática de tais categorias<sup>14</sup>. Segundo o próprio ROXIN:

Estas desestimulantes dificuldades espelham uma crise, na qual recentemente caíram o pensamento sistemático em geral e as teorias do delito em especial. Um sintoma disso é que a polêmica em torno da teoria finalista da ação e de suas conseqüências, que na década de cinquenta levou às mais acaloradas discussões, hoje desperta muito pouco interesse.

<sup>12</sup> REBÊLO, José Henrique Guaracy. Breves Considerações sobre o Princípio da Insignificância, *RCEJ*, Brasília, n.10, p.62.

<sup>13</sup> MANÃS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*, p. 19.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus *apud* MANÃS, C. V. *Idem*, p. 22.

Não se acredita mais em soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores, e menospreza-se a capacidade de rendimento prática de tais categorias<sup>15</sup>.

Atualmente, portanto, verifica-se a tendência de buscar a aproximação do direito penal com a realidade social, sem, logicamente, negar o mérito do trabalho sistemático como garantia fundamental da segurança jurídica.

Não justifica mais o fato de ser o direito positivo, como objeto de estudo do direito penal, apreciado de forma abstrata e isolada. É preciso reaproximá-lo da realidade, fazendo com que o sistema não desconsidere as conclusões de outras áreas do conhecimento humano, dentre elas a irrefutável proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que não atinjam de maneira significativa a vida em sociedade, a fim de que a sanção penal, como última instância de controle social, seja reservada para os casos em que não haja outra solução possível, reduzindo-se, assim, seus efeitos deletérios<sup>16</sup>.

O Direito Penal, nesse sentido, é aquele ramo do direito que apenas deverá intervir, impondo uma sanção, quando for absolutamente necessário, quando configurar-se em meio último de composição do conflito, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico tutelado, o qual deve ser relevante e essencial, for intolerável, atuando unicamente sobre bens que realmente demandem proteção penal e nos limites da ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma e, ainda assim, apenas após esgotados todos os meios não-penais de proteção.

Busca-se, a partir daí, um “Direito Penal de intervenção mínima”, reduzindo-se ao máximo sua área de incidência e reconhecendo-se o seu caráter subsidiário. Outrossim, discute-se a aplicação de uma nova política criminal para os crimes de menor potencial ofensivo, haja vista que não mais se questiona que os autores de lesões a bens jurídicos só podem ser submetidos à pena quando isto seja absolutamente necessário para a ordenada vida em sociedade<sup>17</sup>.

A incriminação só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor social importante, não podendo alcançar fatos que se situem exclusivamente

---

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p. 9-10.

<sup>16</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. X.

<sup>17</sup> MAÑAS, C. V. *Idem*, p. 23.

na ordem moral, nem situações que, embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa<sup>18</sup>.

Essa “nova política criminal” requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena e dos que convém excluir a sanção penal, suprimindo a infração ou, ainda, modificando ou atenuando a pena existente. Fundamenta-se ela “na racional eleição dos bens jurídicos a serem tutelados, evitando-se uma hipertrofia de tipos penais; na proporcionalidade da pena, que deve ajustar-se às funções retributiva e preventiva da resposta penal; e na dignidade da pessoa humana”<sup>19</sup>.

MONTESQUIEU afirmava que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”<sup>20</sup>, assim como BECCARIA, que lembrava que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”<sup>21</sup>. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo VIII, prescrevia que a lei só poderia estabelecer “penas estritas e evidentemente necessárias”.

Na atualidade, da mesma forma, entende-se que ao direito penal e à sua sanção só se devem recorrer quando esgotados todos os outros instrumentos jurídicos não-penais.

Por outro lado, como salienta Rodrigo Sánchez RÍOS, “a intervenção penal mesmo sendo mínima está intrinsecamente relacionada à magnitude do bem jurídico e à gravidade da lesão ou perigo sofrido por este”<sup>22</sup>. Desta forma, se a finalidade do sistema penal é tutelar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, deve ele, indiscutivelmente, intervir nas esferas em que seja necessária tal intervenção, dentro, obviamente, dos limites válidos a tanto.

É por isso que, mesmo defendendo-se um direito penal mínimo, ante as circunstâncias que decorrem do próprio desenvolvimento da sociedade moderna e da globalização do mundo, torna-se imprescindível reconhecer-se a atuação do

---

<sup>18</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio *apud* MAÑAS, C. V. *Idem, ibidem*.

<sup>19</sup> MAÑAS, C. V. *Idem*, p. 62.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU *apud* MAÑAS, C. V. *Idem*, p. 56.

<sup>21</sup> BECCARIA, Cesare *apud* MAÑAS, C.V. *Idem, ibidem*.

direito penal em uma esfera que, até pouco tempo atrás, não despertava tanto a atenção dos penalistas. Trata-se da tutela da ordem econômica, cuja necessidade de intervenção do Direito Penal fez com que surgisse um novo ramo do Direito, chamado “Direito Penal Econômico”.

Este campo do Direito Penal moderno, consoante será exposto nas próximas seções, tipifica os chamados “delitos econômicos”, dentre os quais enquadram-se os delitos de contrabando e descaminho.

É sob esse prisma, portanto, que se fará a leitura daqueles tipos penais: analisando-os sob a ótica jurídica imposta a partir de um Estado intervencionista, que tornou necessária a proteção não só dos bens individuais, mas também daqueles supraindividuais, dentre os quais se enquadra a ordem econômica; e, ao mesmo tempo, sob a nova concepção de Direito Penal que hodiernamente se impõe, atentando-se aos princípios da intervenção mínima e da insignificância.

Como salienta Gilberto José PINHEIRO JR.:

Em se tratando de Direito Penal Econômico, atinge grande relevo o desvalor do resultado que adquire relevância diante da enorme extensão dos ataques individuais, desencadeados por um único ato ilícito. Mesmo assim, é claro que o grau de danos, embora intenso e extenso, não determina por si só a natureza do ilícito material, que só irá encontrar sua extensão total na tipicidade. E esta, no Direito Penal Econômico, deve ser estabelecida com extrema cautela, em razão da subsidiariedade que rege o Direito Penal como um todo e do risco permitido ínsito ao Direito Econômico. Desta feita, em última análise, será a consciência social que irá determinar a aplicação do Direito<sup>23</sup>.

Destarte, enquanto, por um lado, a necessidade de proteção penal da ordem econômica demanda uma atuação efetiva do direito penal, existem, por outro lado, determinadas condutas que, ante a mínima lesão que causam ao bem jurídico tutelado, não merecem a aplicação da sanção penal. Os crimes de contrabando e descaminho, assim, serão analisados a partir desses enfoques. Nos casos em que o contrabando e o descaminho apresentam-se relacionados à criminalidade organizada, acarretando uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado e comprometendo a ordem social, deverão merecer a devida reprimenda

---

<sup>22</sup> RÍOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação, *Revista dos Tribunais*, v.775, p.438.

<sup>23</sup> PINHEIRO JR., Gilberto José. *Crimes Econômicos: As Limitações do Direito Penal*, p. 53-54.

penal, justificando-se a intervenção do Direito Penal Econômico e a aplicação da respectiva sanção. De outra parte, com relação àqueles que se socorrem daquelas práticas delitivas como saída ao desemprego e meio de sustento, acarretando uma lesão tão insignificante ao bem jurídico tutelado, ou que não causem a ele qualquer lesão, haja vista a inexistência do tributo supostamente devido, não se justifica a intervenção da seara penal. Como explica PINHEIRO JR., “as relações econômicas são um tanto fluídas, razão pela qual, algumas vezes, um comportamento que aparentemente afronta as relações sociais pode, posteriormente, ser classificado como socialmente adequado”<sup>24</sup>.

Exposto, embora de forma sucinta, o conceito de Direito Penal e definido seu modo de atuação, o qual, como se disse, deve ser amparado pelos novos critérios de política-criminal, orientadores que devem ser do aplicador do direito para a definição e caracterização das modalidades delitivas – aqui enquadradas os delitos de contrabando e descaminho –, passa-se à análise, em particular, do “Direito Penal Econômico”, que, ao tutelar a ordem econômica, tipificando os chamados delitos econômicos, acaba por englobar aqueles delitos.

## **1.2 A Nova Geração de Bens Jurídicos Tutelados**

Ao mesmo tempo em que, conforme se expôs na seção anterior, novos conceitos de política criminal são disseminados, pugnando por uma visão fragmentária e subsidiária do Direito Penal, surge uma nova modalidade criminosa, relacionada à questão econômica e que demanda uma efetiva atuação daquele ramo do Direito.

Todos sabem que, desde o início, a função do Direito Penal esteve vinculada com a própria legitimação do Estado Moderno e, assim sendo, orientada à tutela de bens jurídicos de caráter individual, capazes de assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade. Atualmente, todavia, vislumbra-se uma nova relação entre o Estado e o indivíduo, da qual se deduz que “é função do Estado

---

<sup>24</sup> PINHEIRO JR., G. J. *Op. cit.*, p. 54.

garantir ao indivíduo não apenas uma convivência pacífica com seu semelhante, mas também sua realização pessoal”<sup>25</sup>. A dogmática penal, pois, volta-se à criação de tipos penais que tutelam os chamados “bens supraindividuais”, como a saúde pública, a ordem econômica, o meio ambiente, o sistema previdenciário, entre outros.

Numa sociedade constitucionalmente fundada, como observa Gilberto José PINHEIRO JÚNIOR,

onde o social é erigido ao patamar de fundamento constitucional, o que implica necessariamente o controle da economia para sua consecução, a luta para esse controle exigirá a intervenção do Direito Penal, por meio do Direito Penal Econômico, que tipificará novos delitos protetores desses novos bens jurídicos não tão definidos. Nesse campo, então, não há que se falar em descriminalização ou intervenção mínima, como se vem fazendo na criminalidade clássica, muito pelo contrário<sup>26</sup>.

A necessidade de tutela da ordem econômica decorre do fato de que, hodiernamente, o Direito Penal passa por uma transformação, fruto das mudanças ocorridas na sociedade e num mundo que se globaliza. Assim, ao mesmo tempo em que se reclama por uma “intervenção mínima”, verifica-se que surge, com a crescente sofisticação econômica de nossa época, uma nova forma de criminalidade econômica, de características mais complexas e relacionada a um mercado cada vez mais sofisticado, que demanda a interferência do direito penal. Nesse sentido, manifestou-se René Ariel DOTTI, para quem:

É fundamental salientar que embora reconhecida a necessidade de se limitar o âmbito de ação do Direito Penal, reservando-se as suas formas de reação para as hipóteses mais graves de lesão, seria de todo inconveniente reduzir-se demasiadamente as suas formas de reação para as hipóteses mais graves de lesão, seria de todo inconveniente reduzir-se demasiadamente a sua possibilidade de controle. Com efeito, na ‘criminalidade dos negócios’ manifestam-se fatores de ordem complexa e violações que se caracterizam como formas de desobediência ativa e passiva de normas da Administração que exigem a atuação jurisdicional penal<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> RÍOS, R. S. *Op. cit.*, p. 438.

<sup>26</sup> PINHEIRO JR., G. J. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>27</sup> DOTTI, René Ariel. Algumas Reflexões sobre o Direito Penal dos Negócios, *in Direito Penal dos Negócios*, p. 31, *apud* PINHEIRO JR., G. J. *Op. cit.*, p. 56-57.

“A sociedade multifacetada”, como salienta Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, “gerou uma modalidade de delinquência absolutamente diversa da até então encontrável”<sup>28</sup>.

A criminalidade refinada, nos dizeres de Manoel Pedro PIMENTEL, “se desenvolveu paralelamente com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia. Disfarçada, aqui, em grupo de homens de negócios, ali em empresa de vulto, acolá em sociedade comercial, a criminalidade prosperou largamente, impunemente, valendo-se das falhas da legislação, das deficiências do sistema, da corrupção, da pressão política, da exploração das mais diversas formas de prestígio social”<sup>29</sup>.

O crime de “estilo empresarial”, então, tornou-se o delito característico de nossos tempos, apresentando-se de forma organizada, sofisticada, internacional e transnacional, necessitando, à vista disso, de um tratamento jurídico-penal mais próximo dos reclamos do mundo moderno<sup>30</sup>.

Destarte, tendo em vista que cabe ao Direito Penal a definição dos ilícitos, ou seja, daquelas situações problemáticas que necessitam ser definidas como ilícito penal, como crime, utilizando-se, para tanto, de conceitos oriundos de todas as formas do conhecimento humano, caberá a ele a missão de definir os “ilícitos penais econômicos”.

Nesse aspecto, no entanto, a resposta dada pelo poder punitivo tem sido insatisfatória, mediante um tratamento tolerante ou meramente simbólico, possivelmente ante a complexidade inata das questões econômicas e da dificuldade verificada pela dogmática penal em estabelecer critérios delimitadores das condutas lesivas passíveis de inserção nesta espécie delitiva<sup>31</sup>. Nosso ordenamento jurídico não traz um tratamento normativo uniforme e sistematizado sobre a matéria, buscando a doutrina penal moderna, para a delimitação e sistematização do delito econômico, nos critérios relativos ao bem jurídico e nas propostas criminológicas e

---

<sup>28</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>29</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 4-5.

<sup>30</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>31</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Econômico..., *Op. cit.*, p.433.



processuais a possibilidade de identificação de condutas lesivas, cuja técnica de tipificação ultrapassa a perspectiva patrimonial individual<sup>32</sup>.

Apesar de o estudo específico do Direito Penal Econômico ser, nesses termos, relativamente recente, tem-se notícia que, em período mais antigo, foram definidos delitos que tivessem repercussão econômica ou desta esfera fossem decorrentes<sup>33</sup>, normalmente relacionados com a economia e produção de riquezas. Na Idade Média, por exemplo, era comum a repressão ao crime de usura, delito de imensa gravidade em tempos de religiosidade exacerbada. O que justifica esse fato é, como explica Rodrigo Sánchez RÍOS, que a criminalidade econômica sempre esteve “atrelada à evolução da economia em si e em direta vinculação com o modelo econômico adotado politicamente. O sistema penal sempre tutelou bens de conteúdo econômico, restrito à esfera individual – propriedade e patrimônio –, e a tipificação clássica conseguia englobar normativamente tais situações”<sup>34</sup>. Exemplos disso estão nos próprios delitos de contrabando e descaminho que, como se verá adiante, desde a antiguidade, vêm recebendo do Estado a tutela penal.

Contudo, se é verdade que crimes de natureza econômica sempre existiram na história da humanidade, apenas se começou a falar efetivamente em criminalidade econômica posteriormente à década de 30 do século passado, no período entre as duas Guerras Mundiais, “com a proliferação da atividade legislativa e regulamentadora estatal no âmbito econômico, como consequência da crescente intervenção do Estado na economia. Passava-se, àquele tempo, a disciplinar atividades que se haviam desenvolvido livremente entre particulares, mas que levaram à crise decorrente do *Crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929”<sup>35</sup>.

Aludida modalidade delituosa, portanto, apenas ganhou força posteriormente, quando “o progresso vertiginoso que atingiu o mundo dos negócios, especialmente em razão das mudanças operadas neste século, fez com que desaparecesse virtualmente o Estado liberal. O intervencionismo estatal tornou-se imperiosa necessidade, a fim de regularizar as relações negociais, coibindo os

---

<sup>32</sup> RÍOS, R. S. *Idem, ibidem*.

<sup>33</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>34</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p.432.

<sup>35</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 6.

abusos do poder econômico e a exploração dos fracos pelos fortes”<sup>36</sup>. Destarte, “a intervenção do Estado na atividade econômica, para assumir a sua nova função de Estado ‘Dirigente’, trouxe consigo a necessidade de criminalização de condutas que até então eram imprevisíveis”<sup>37</sup>.

Primeiramente, então, nasceu o Direito Econômico, tendo em vista a necessidade de se elaborar normas específicas regulamentando a política econômica intervencionista do Estado, em confronto com os interesses públicos e particulares. O Direito Econômico aparece, assim, como diz Enrique AFTALIÓN, citado por Manoel Pedro PIMENTEL, “antes de tudo, como o instrumento a que recorrem os legisladores para concretizar nos feitos a política de intervencionismo no econômico-social. É, em outros termos, a expressão jurídica dessa política”<sup>38</sup>.

Para Fabio Konder COMPARATO, “o novo Direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado”<sup>39</sup>. E, segundo completa Manoel Pedro PIMENTEL, as normas de Direito econômico têm por objetivo “ordenar o relacionamento das operações de natureza econômica, no interesse comum, estabelecendo o que se convencionou chamar de *ordem econômica*, bem como dispendo a respeito da fiscalização de tudo quanto se relaciona com esse interesse”, não se confundindo, assim, com as leis próprias que disciplinam a economia, fixadas pela experiência, como “a *lei da oferta e da procura*”<sup>40</sup>.

De acordo com Washington Peluso Albino de SOUZA, citado por Eros Roberto GRAU, o Direito Econômico é “o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e

<sup>36</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>37</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Econômico..., *Op. cit.*, p. 432.

<sup>38</sup> “(...) ante todo, como el instrumento a que recurren los legisladores para concretar em los hechos la política de intervencionismo em lo económico-social. Es, em otros términos, la expresión jurídica de esa política”. AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Económico*, p. 21, *apud* PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 8 (trad. da autora).

<sup>39</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O Indispensável Direito Econômico, *in Revista dos Tribunais*, v.353, p. 22.

<sup>40</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 9.

coletivos, harmonizando-as – pelo princípio da ‘economicidade’ – com a ideologia adotada na ordem jurídica”, já que “cuida-se de ramo do Direito que se aplica a regulamentar as medidas de política econômica que adota uma linha de maior vantagem nas suas decisões”<sup>41</sup>.

A partir desses ensinamentos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal conclui que o que peculiariza o Direito Econômico “como ramo do Direito é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado” para, ao fim, arrematar que “eis aí, pois, o Direito Econômico que a Constituição de 1988 refere, no seu art. 24, I, como matéria a respeito da qual compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente, legislar”<sup>42</sup>.

Evidentemente, em um Estado Democrático de Direito, norteado por valores constitucionais como ocorre no nosso, toda decisão de política econômica – e, antes ainda, da própria ordenação jurídica respectiva – há de derivar da Constituição Federal, atentando-se sempre aos princípios que, direta ou indiretamente, orientam a Ordem Econômica e, por consequência, o Direito Econômico. Destacam-se, exemplificativamente, além daqueles expressamente dispostos no Título VII, em particular no seu art. 170, da Constituição Federal, os princípios da dignidade da pessoa humana; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; valores sociais do trabalho e livre iniciativa; garantia do desenvolvimento nacional; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades regionais e sociais; pleno emprego; tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte; proteção da empresa nacional; garantia do direito de greve; erradicação da pobreza.

Evidentemente, nem todos os princípios descritos são auto-explicativos. Todavia, não cabe neste trabalho o detalhamento de cada um deles e o seu conteúdo axiológico, merecendo registro, por ora, tão-somente a circunstância de que, em vista de sua natureza, haverão sempre de ser observados pelo Direito

---

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 138.

<sup>42</sup> GRAU, E. R. *Idem*, p. 139.

Econômico, em qualquer de suas manifestações, sob pena de clara violação a dispositivo constitucional.

Definido e reconhecido o Direito Econômico como disciplina autônoma, ante a necessidade de uma interferência mais efetiva e de se proteger os interesses relacionados à economia, o Direito Penal passou a intervir naquela esfera, criminalizando condutas que atentassem contra a chamada “ordem econômica”. Surge, destarte, o Direito Penal Econômico.

Contra essa interferência, parte da doutrina insurgiu-se, representada, em sua maioria, pela Escola de Frankfurt (HASSEMER, HERZOG, NAUCKE, ALBRECHT), a qual “tem criticado severamente a decisão de que o Direito Penal estenda seu objeto para além dos seus limites – que tradicionalmente tem sido a proteção dos bens jurídicos clássicos – e acabe convertendo-se num Direito Penal meramente funcionalista, orientado exclusivamente à finalidade de lograr uma defesa da sociedade o mais eficaz possível diante dos riscos derivados das disfunções do moderno sistema social”<sup>43</sup>.

Posicionando-se de forma contrária, a maioria – da qual fazem parte representantes da própria doutrina alemã –, respalda amplamente a atuação do legislador na tutela penal dos bens jurídicos coletivos supra-individuais. Assim, por exemplo, manifestou-se Wilfried BOTTKE, citado por Rodrigo RÍOS, ao reforçar a legitimidade da tutela:

O Direito criminal econômico ... sustenta sua legitimidade na lesividade ou colocação em perigo de bens jurídicos, que motiva sua criminalização com independência do seu aspecto econômico e de outras considerações não necessárias. O Direito penal econômico em sentido amplo participa sob todos os aspectos da legitimidade de um direito penal que abarca também comportamentos que não afetam a economia. Sua legitimidade depende do cumprimento dos critérios gerais que sustentam desde qualquer ponto de vista a pretensão da validade do Direito penal e não necessita nenhuma justificação especial<sup>44</sup>.

Destarte, o Direito Penal, como os outros ramos do Direito, também deve se preocupar em concretizar ou efetivar os valores e normas contidos na

---

<sup>43</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p. 435.

<sup>44</sup> BOTTKE, Wilfried. *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas*, p. 638, in RÍOS, R. S. *Idem*, p. 437.

Constituição, não servindo apenas para limitar condutas, em um sentido negativo e proibido. Nestes termos, concluímos com Rodrigo Sánchez RÍOS, para quem:

O Direito Penal não tem apenas um caráter limitativo, no sentido de negativo e proibido, mas também um caráter prospectivo, no sentido de concretizar ou efetivar os valores ou as normas da Constituição, servindo de instrumento para a sua realização efetiva.

Ao se espalhar pelas mais diversas áreas e interesses novos que surgem na sociedade (como, por exemplo, aqueles atinentes à ordem econômica), o Direito Penal cumpre uma função de efetivação de todos os valores da CF/88 e imprime as condições de possibilidade para que o sistema repressivo seja igual para todos (atingindo o ideal do princípio isonômico do art. 5.º, *caput*).

Por outro lado, na medida em que a atuação penal do Estado abrange algo além das meras proibições/punições ao direito à vida, à propriedade, etc – visto que geralmente tais noções estão presas a concepções liberais individualistas próprias da época da “Constituição Garantista”, e não da Constituição Dirigente” – poderá se verificar a seletividade do sistema penal clássico que afasta o ideal de justiça que deveria ser aplicado de modo isonômico a todos.

Entretanto, vale insistir que esta função de efetivação dos valores impregnados na CF de 1988, e do ideal de justiça a ser cumprido pelo Direito Penal num Estado de Direito democrático e social, deve ser alcançada dentro – e no fiel respeito – dos princípios penais de garantia. Isso inclui a observância do princípio da intervenção mínima. Se estamos convencidos de que a finalidade do sistema penal é tutelar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, a intervenção deste na ordem econômica é legítima e necessária dentro dos limites válidos para o Direito Penal clássico<sup>45</sup>.

O Direito penal econômico, cuja origem decorre das necessidades vislumbradas a partir do momento em que o Estado passou a intervir na ordem econômica, tem por dever a tutela de todos os valores destinados a preservar aquele bem (a ordem econômica) e garantir sua efetiva realização, observados, sempre e de qualquer forma, os princípios penais.

### 1.3 Os Princípios Fundamentais do Direito Penal

O Direito Penal Econômico, embora seja atualmente, como se expôs, considerado disciplina autônoma, não deixa de ser um braço do Direito Penal, de forma que se mostra inegável sua obediência aos princípios fundamentais desse ramo do Direito, sob pena de se tornar inaplicável.

---

<sup>45</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 437-438.

O Direito Penal rege-se por inúmeros princípios, os quais permitem sua aplicação de forma justa e adequada à realidade social de cada época. Muitos dos fundamentos que embasam a moderna concepção de direito penal são expressados em princípios, que permitem tornar efetiva a tarefa político-criminal da descriminalização, em um combate àquele Direito Penal Simbólico, sem que se abandone a segurança jurídica do sistema.

Destarte, na esteira do que se expôs na primeira seção desta obra, os aplicadores do Direito devem zelar para que a aplicação do Direito Penal seja presidida por princípios legitimadores do sistema, em consonância com as aspirações sociais dominantes. Afinal, o que são os princípios senão a base de sustentação de todo o sistema jurídico, representando para este algo de muito maior valor do que as regras, haja vista que concretizam os seus valores (do sistema)<sup>46</sup>. Renato Lopes de BECHO afirma que “os princípios são mais importantes que as regras, pois auxiliam na interpretação do sistema, no julgamento das causas e na própria elaboração de novas leis”<sup>47</sup>.

O Direito Penal pressupõe certos princípios básicos<sup>48</sup>, dentre os quais podemos citar o da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da culpabilidade, da pessoalidade, da adequação social e da insignificância.

O princípio da legalidade, principal regente do Direito Penal, insere a máxima “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, construída por FEUERBACH, no começo do século XIX. Segundo ele, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes tenham sido instituídos por lei. Tal princípio, que, segundo Francisco de Assis TOLEDO, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais<sup>49</sup>, vem expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIX, *verbis*: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>46</sup> MAGALHÃES, Joseli de Lima. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*, artigo extraído da Internet em 10.05.01. Disponível site Jus Navegandi: <<http://www.jus.com.br/doutrina/insign.html>>.

<sup>47</sup> BECHO, Renato Lopes. Princípio da Eficiência da Administração Pública, in *Boletim de Direito Administrativo*, jul/1999, p. 438.

<sup>48</sup> Por definição, segundo escreveu Celso Antonio Bandeira de Mello, em *Curso de Direito Administrativo*, “o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce, de sorte que sua violação é mais grave do que a agressão a uma norma, porquanto implica repúdio a todo um sistema”, p. 573-574.

<sup>49</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 21.

Desse princípio, decorrem dois outros, o princípio da anterioridade e o da reserva legal. Segundo aquele, “a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir”, e, segundo este, “só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais”<sup>50</sup>.

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, tem o intuito de limitar ou eliminar o arbítrio do legislador, haja vista que o princípio da legalidade apenas impõe limites ao arbítrio judicial. Segundo René Ariel DOTTI, esse princípio:

Visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensas aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão, em termos de dano ou perigo de dano. A aplicação do princípio resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança que a conduz a chamada inflação legislativa<sup>51</sup>.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações leves da ordem jurídica deverão ser ocupadas por outros ramos do direito<sup>52</sup>.

Afinal, é sabido que a pena criminal não repara a situação fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em conflito e impõe um alto sacrifício social. Logo, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a intervenção do direito penal só se faz aceitável em casos de ataques relevantes a bens jurídicos tutelados pelo Estado.

O moderno pensamento filosófico e a realidade atual da prática penal não amparam a idéia, derivada do mito da plenitude do ordenamento jurídico, segundo a qual possa e deva o Estado perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem exceção<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> TOLEDO, F. de A. *Idem*, p. 23.

<sup>51</sup> DOTTI, René Ariel *apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima, in *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 757, p. 402.

<sup>52</sup> CONDE, Francisco Munõz *apud* MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>53</sup> SANGUINÉ, O. Observações sobre o princípio da insignificância, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, n. 1, p.50.

O princípio da intervenção mínima não tem previsão legal, mas se impõe porque compatível com outros princípios positivados e com os pressupostos políticos do estado democrático de direito<sup>54</sup>.

O princípio da fragmentariedade decorre dos princípios da legalidade e da intervenção mínima e tem como fundamento o fato segundo o qual somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos relevantes carecem dos rigores do direito penal<sup>55</sup>. O delito (ilícito penal), destarte, não esgota as infinitas possibilidades do ilícito, pois somente os fatos ilícitos típicos são alcançados pela tutela penal<sup>56</sup>. Daí o porquê da afirmação de possuir o direito penal caráter fragmentário, isto é, "... dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal"<sup>57</sup>.

A tutela da norma penal, por conseguinte, atinge certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão. Dessa forma, sendo o direito penal dotado de um caráter fragmentário, deve ocupar-se somente daqueles casos em que há uma ameaça grave aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, nunca disciplinando “bagatelas irrelevantes”. Segundo esse princípio, realiza o direito uma seleção (fragmentação) de bens jurídicos fundamentais, ou, em sentido contrário, das condutas mais censuráveis, propiciando, assim, seja aplicado o princípio da insignificância, adiante abordado<sup>58</sup>.

A subsidiaridade do direito penal, por sua vez, resulta de sua consideração como “remédio sancionador extremo”<sup>59</sup>, ou seja, o direito penal só deve ser aplicado quando outros meios se mostrarem insuficientes. Afinal, qual é a justificativa para se aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado que se aplicando um recurso mais brando? A intervenção do direito penal

---

<sup>54</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, p. 79-80.

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*, p. 34-35.

<sup>56</sup> BASTOS, Marcus Vinícius Reis. O princípio da insignificância e sua aplicação jurisprudencial, *in Revista da AJUFE*, ano 17, n. 58, p. 1-2.

<sup>57</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 14-15.

<sup>58</sup> Vide infra, capítulo 3, p. 78 e ss.

<sup>59</sup> ROXIN, C. *apud* MANAS, C. V. *Op. cit.*, p. 57-58.



só se legitima quando os outros ramos do direito se revelarem ineficazes em sua intervenção.

Ora, o direito penal tem por escopo a proteção de bens jurídicos, como tal entendidos "os valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas"<sup>60</sup>. Tal proteção é eminentemente subsidiária, vale dizer, a norma penal abarca aquelas situações em que a tutela de outros ramos do direito tenha se revelado insuficiente ou em que a lesão ou a exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresente certa gravidade<sup>61</sup>.

Deve-se ressaltar ainda que, uma vez utilizado o direito penal na possibilidade plena de o conflito ainda poder vir a ser resolvido satisfatoriamente por outros ramos do direito, tratar-se-á de um caso de ilegitimidade, de ameaça à paz pública, haja vista que disso poderão decorrer efeitos que contrariam os demais princípios do direito.

Outro princípio que merece destaque em um "direito penal moderno" é o princípio da proporcionalidade, que acaba por fundamentar o princípio da insignificância, objeto de seção própria. Como diz ZAFFARONI, "o fundamento do princípio da insignificância está na idéia de proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime"<sup>62</sup>. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato<sup>63</sup>.

O desrespeito a esse princípio afasta a idéia de uma finalidade do direito penal compatível com as bases de sustentação de um Estado Social e Democrático de Direito. Deve o direito penal se sustentar na proporcionalidade, pois deve garantir os direitos fundamentais do ser humano, buscando ser um direito mínimo e garantista.

---

<sup>60</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>61</sup> BASTOS, M. V. R. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, E. R. *apud* FONSECA, Luiz Vidal da. *O Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro*, artigo extraído da Internet em 28.08.02. Disponível site: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud3/art1.html>>.

<sup>63</sup> ZAFFARONI, E. R. *apud* MANAS, C. V. *Op. cit.*, p. 58.

Cabe referir, ainda, o princípio da lesividade ou da alteridade, segundo o qual só pode ser penalizado aquele comportamento que lesione direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento pecaminoso ou imoral. Aquelas condutas que digam respeito a características individuais dos cidadãos, que possam ser consideradas imorais, pecaminosas ou escandalosas, mas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal. Segundo esse princípio, portanto, o direito penal só pode ser utilizado se afetar bens jurídicos relevantes, ou seja, o fato deve causar uma lesividade tal que legitime a intervenção penal<sup>64</sup>.

Outro princípio, e de fundamental importância à modernização do direito penal, é o princípio da adequação social. Esse princípio foi introduzido no Direito Penal por Hans WELZEL e, segundo ele próprio, trata-se de um princípio geral de hermenêutica que prescreve que “a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social”<sup>65</sup>, ou seja, não mais é objeto de reprovação social.

O fundamento de sua teoria está na constatação de que os tipos só assinalam as condutas proibidas socialmente relevantes, inadequadas a uma vida ordenada. No tipo, segundo WELZEL, “faz-se patente a natureza social, e, ao mesmo tempo, história do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se afastam gravemente das ordens históricas da vida social”<sup>66</sup>.

Considerando que esse princípio, por si só, não seria suficiente a excluir do tipo determinadas lesões insignificantes, Claus ROXIN<sup>67</sup> propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação<sup>68</sup>, como regra auxiliar de exegese, mediante recurso à interpretação restritiva dos delitos penais, tendo em vista a necessidade de se atualizar a função maior da lei penal, valorizando-se adequadamente a sua natureza fragmentária, de forma que se

---

<sup>64</sup> LOPES, M. A. R. *Princípio da...*, *Op. cit.*, p. 84-85.

<sup>65</sup> WELZEL, H. *apud* TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>66</sup> WELZEL, H. *apud* MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. espanhola., p. 52.

<sup>68</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 133.

entenda, dentro do âmbito da punibilidade, somente o que seja indispensável para a efetivação do bem jurídico<sup>69</sup>.

Este princípio geral do Direito Penal é o princípio da insignificância, e não se confunde com aquele princípio formulado por WELZEL. A adequação social pressupõe a aprovação do comportamento, pela coletividade, ou seja, a conduta é socialmente tolerável. O princípio da insignificância, por sua vez, leva em conta a tolerância do grupo em relação à determinada conduta de escassa gravidade, ou seja, ela é desconsiderada por se tratar de bem jurídico insignificante<sup>70</sup>.

Considerando-se a importância que o princípio da insignificância assumiu ultimamente no âmbito jurídico, mormente no que diz respeito aos crimes de contrabando e descaminho, será ele analisado separadamente, no capítulo III, no qual serão expostas, de forma mais detalhada, sua origem, características e a forma como pode incidir nas condutas delitivas em estudo.

Apresentados, de forma sucinta, os princípios fundamentais do Direito Penal, os quais deverão orientar o Direito Penal Econômico, retornemos a ele nosso enfoque, eis que faz-se importante, em breve exposição, delimitar o bem jurídico por ele tutelado, justificando-se, assim, o porquê desse estudo enquadrar os delitos de contrabando e descaminho como objetos desse ramo do Direito.

#### **1.4 Direito Penal Econômico: Origem, Conceito e o Bem Jurídico Tutelado**

O Direito penal econômico teve como principal expoente Edwin SUTHERLAND, que introduziu a expressão *white-collar criminality* para descrever a delinqüência característica de setores econômicos mais privilegiados, apresentando estudos que modificaram sobremaneira a concepção da matéria.

---

<sup>69</sup> REBÊLO, J. H. G. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>70</sup> SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p.38.

Para SUTHERLAND, citado por André Luís Callegari, o conceito de crime de “colarinho branco” deve ter cinco elementos:

a) ser um crime; b) ser cometido por uma pessoa respeitável; c) esta pessoa deve pertencer a uma camada social alta; d) estar no exercício de seu trabalho e, por fim, e) constituir uma violação da confiança. Portanto, a criminologia define a criminalidade econômica como sendo relativa às *infrações lesivas da ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional*<sup>71</sup>.

Não obstante, embora SUTHERLAND tenha sido o principal responsável pela modificação na forma de encarar a criminalidade econômica, não foi capaz de conceituar de maneira satisfatória o crime de colarinho branco, o que rendeu algumas críticas a seu trabalho<sup>72</sup>.

Após esse estudo inicial, desenvolveram-se pesquisas sobre aquilo que se convencionou chamar de “criminalidade econômica”, reconhecendo-se, então, a existência de outras modalidades delituosas diferentes do modelo clássico de “crime de colarinho branco”, chamados de *occupational crime*.

Inicialmente, costumava-se situar o Direito Penal Econômico entre o Direito Penal e o Direito Econômico, ampliando-se apenas posteriormente o seu conceito – era entendido como “aquela parte do Direito Penal que reforçava, por meio da intimidação penal, o Direito Administrativo Econômico, aquele Direito de direção e controle estatal da economia”<sup>73</sup>. Alguns autores chegaram até mesmo a discutir sua própria existência, questionando sua autonomia e aduzindo ser inconveniente separá-lo daqueles princípios que unificaram o Direito Penal<sup>74</sup>.

Atualmente, contudo, é considerado uma disciplina autônoma, absolutamente diversa e separada do Direito Administrativo. Para Klaus TIEDEMANN, Direito Penal Econômico é o ramo do direito ao qual compete tutelar primordialmente o bem constituído pelo ordenamento jurídico estatal em seu

<sup>71</sup> CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 16.

<sup>72</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>73</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 9.

<sup>74</sup> Sobre o assunto, vide PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 12-16.

conjunto e, em consequência, o curso normal da economia em sua organicidade, ou seja, a econômica nacional<sup>75</sup>.

Francisco MUÑOZ CONDE entende que “é a consequência penal da intervenção crescente do Estado na Economia, já que a regulação da economia pelo organismo estatal sempre foi acompanhada por preceitos penais”<sup>76</sup>.

Manoel Pedro PIMENTEL vislumbra o Direito Penal Econômico como “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”<sup>77</sup>.

Conceituar e definir “Direito Penal Econômico”, contudo, não é tarefa fácil. Como explica Rodrigo Sánchez RÍOS:

Na elaboração de um tipo penal que tutela bens jurídicos tradicionais, o legislador não tem dificuldades em delimitar a conduta do agente e a objetividade jurídica. A vida, a integridade física, a liberdade individual, entre outros, são bens jurídicos facilmente perceptíveis. O contrário ocorre na tutela dos bens jurídicos relacionados com a ordem econômico-financeira, posto que quando o autor sonega o Fisco, ou quando efetua operação de câmbio não-autorizada com o fim de promover evasão de divisas do país, a lesão ao bem jurídico não é de fácil percepção, pois afeta a sociedade em geral.

Por exemplo, se se verificar que o auxílio prestado pelo Banco Central a determinados bancos pequenos mediante informação privilegiada, pelo qual se comprove que houve efetivo benefício patrimonial por meios ilícitos para um número restrito de pessoas, a percepção desta lesão aos cofres públicos não é imediata, pois não é o Banco Central a única e principal vítima; é a coletividade como um todo que é lesada. Vale dizer, quando o Governo por falta deste recurso deixa de investir em saúde, e em educação, por exemplo. Por isso a denominação bem jurídico coletivo ou supraindividual.

Se a intervenção do Estado na Economia é inquestionável, ela vai se dar através de diversos órgãos estatais que controlem a atuação dos agentes econômicos, o funcionamento do sistema financeiro, previdenciário etc. E estas atividades funcionais configuram-se na doutrina penal moderna como verdadeiros bens jurídicos a serem tutelados. Dessume-se, portanto, que o controle penal não estará direcionado apenas a prever e reprimir a lesão objetiva da conduta, mas também a inobservância de normas de organização na qual esteja inserida a finalidade pública da atividade funcional. Perante estes objetos de tutela – uma vez identificado o objeto –

<sup>75</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, p. 35, apud JAPIASSÚ, C. E. A., *Op. cit.*, p. 10 (trad. da autora).

<sup>76</sup> CONDE, Francisco Muñoz. Principios Político-criminales que Inspiran el Tratamiento de Los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994 in *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, n.11, p. 7-8, apud JAPIASSÚ, C. E. A., *Idem, ibidem*.

<sup>77</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 10.

a preferência da técnica de tipificação será pela modalidade dos tipos de perigo e as normas penais em branco<sup>78</sup>.

O assunto já foi objeto de debate em diversos congressos internacionais, merecendo atenção, inclusive, da Divisão de Defesa Social da ONU e preocupando todos os criminalistas. Isso se deve ao fato de que os delitos econômicos, como se disse, “transcendem dos prejuízos impostos às vítimas dos casos concretos, pois denunciam a presença de um perigo social e moral capaz de atingir a todos, quer na economia particular, quer na pública, trazendo o descrédito e a desconfiança às instituições financeiras, às organizações que lidam com o crédito e com a poupança, sejam elas particulares ou oficiais”<sup>79</sup>.

Não obstante, percebe-se, na variedade de opiniões sobre o assunto, um traço comum e saliente, que, como ressalta PIMENTEL, “coloca em relevo a finalidade de proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia”<sup>80</sup>.

Para a exata compreensão do Direito Penal Econômico torna-se imprescindível, assim, a delimitação do objeto jurídico por ele tutelado, da qual depende o reconhecimento desse ramo do direito como disciplina autônoma e distinta das demais.

O Direito Penal Econômico, como reconhece Manoel Pedro PIMENTEL, “tem objeto jurídico próprio que, ao nosso ver, difere dos demais mencionados, não se confundindo também com os bens e interesses juridicamente tutelados pela legislação penal especial que trata dos crimes contra a economia popular”<sup>81</sup>.

O bem jurídico tutelado por esta nova modalidade criminosa, portanto, assume uma natureza diferenciada. Em regra, os bens jurídicos fundamentais eram aqueles individuais, como a vida, a integridade física, a honra e o próprio patrimônio. No entanto, “com o surgimento da delinquência econômica, os

---

<sup>78</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p. 439.

<sup>79</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 5-6.

<sup>80</sup> PIMENTEL, M. P. *Idem*, p. 11.

<sup>81</sup> PIMENTEL, M. P. *Idem*, p. 18-19.

interesses em jogo passaram a ser diferentes daqueles previstos anteriormente. Vai surgir um conceito bastante mais complexo, o de ordem econômica”<sup>82</sup>.

Segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS, citado por Gilberto José PINHEIRO JR., enquanto os bens jurídicos do Direito Penal clássico são ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão – aos valores constitucionais –, os bens jurídicos do Direito Penal Econômico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica, contidos ou pressupostos na Constituição:

Se pois, o Direito Penal Econômico é Direito Penal, isso significa por força que há de haver uma essencial correspondência de sentido entre a ordem legal dos bens jurídico-econômicos e a ordem axiológica constitucional. Criminalizar uma conduta relativamente à qual aquela correspondência não se verifique é, pura e simplesmente, inconstitucional<sup>83</sup>.

Até então, embora se reconhecesse a existência de um Direito Penal Econômico, para AFTALÍON, por exemplo, ele não passava de um “subúrbio imprestável” do direito penal, o que, como sugere Gérson Pereira dos SANTOS, podia ser explicado pela inexistência de uma verdadeira ordem econômica, ou seja, “ordem legal obrigatória para a produção, circulação e distribuição da riqueza”<sup>84</sup>.

A partir do momento em que o Estado começou a intervir na economia, assumindo uma postura mais intervencionista que liberal, é que se começou a falar em “ordem econômica”, a qual, inegavelmente, assumiu a posição de objeto de tutela daquele ramo do direito.

O Direito Penal Econômico, assim, tem por objeto a tutela da ordem econômica, situada na categoria dos direitos supraindividuais. Como explica Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, nas relações econômicas em geral, protegem-se dois bens jurídicos: o patrimônio individual e a ordem econômica. “O primeiro é claramente individual, regulado pela lei penal por meio dos crimes tradicionais, que foram sempre resultado da preocupação dos grupos sociais para com a pessoa. Já a delinquência econômica vai causar um dano à sociedade como um todo, ofendendo a coletividade e não os indivíduos, nesta modalidade, a inserção do homem é

<sup>82</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>83</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ciclo de Estudos do Direito Penal Econômico*, p. 32, *apud* PINHEIRO JR., G. J. *Op. cit.*, p. 52-53.

<sup>84</sup> SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*, p. 93.

bastante mais ampla, abrangendo todos os quadrantes da vida dos cidadãos”.<sup>85</sup> Esta última, pois, o objeto do Direito Penal Econômico.

O conteúdo econômico do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico não estará, portanto, como refere Rodrigo RÍOS, “restrito a uma concepção patrimonial individual, mas cederá espaço a uma concepção econômica supraindividual”. Para ele, é a lesão ou a exposição a perigo destes bens jurídicos supraindividuais que outorga uma nova dimensão à criminalidade econômica<sup>86</sup>.

Saliente-se que a ordem econômica não se confunde com economia. Para Miranda GALLINO, citado por Gérson dos SANTOS:

A economia é um fato, um fenômeno cultural e social, em sua expressão primária; pode existir com escassa ou, ainda, sem proteção jurídica, abandonada ao simples critério dos homens em suas operações de troca ou produção, no seio de uma sociedade ideal. Contudo, em nossa sociedade atual, sem certa ordem, esta economia não pode prosperar, não pode desenvolver-se a ponto de constituir um eficaz instrumento de plena satisfação das necessidades materiais do homem. Isto permite afirmar que o direito penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico como um fato em si, senão que protege a integridade da ordem, que se estima necessária para o cumprimento desse fato, de maneira que se possam produzir, assim, os fins propostos<sup>87</sup>.

Semelhante a explicação de Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, para quem:

A economia é um fato que pode existir com escassa ou, até, sem qualquer proteção jurídica, deixada a critério da livre consciência humana. Entretanto, no mundo moderno, com a crescente competitividade entre empresas e Estados, é necessário criar instrumentos que permitam a existência e a integridade desta economia. Pretende-se, portanto, proteger a integridade desta ordem, que dirá respeito a todos os cidadãos. A natureza supraindividual da ordem econômica caracteriza-se pelo respaldo econômico que outorga ao sistema vigente. Este permite estabelecer uma fronteira entre duas ordens de valores ou interesses: de um lado, os que destacam a vida comunitária como sistema econômico com seus conflitos reais; de outro, os que ocorrem no interior da própria administração, como, por exemplo, os interesses específicos, destinados a garantir uma certa transparência da vida econômica<sup>88</sup>.

A partir disso, é possível se estabelecer um conceito mais preciso de Direito Penal Econômico. Manoel Pedro PIMENTEL salienta, assim, que:

<sup>85</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>86</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p. 433.

<sup>87</sup> GALLINO MIRANDA, Rafael. *Delitos contra el orden económico*, p.26, *apud* SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 94-95.

<sup>88</sup> JAPIASSÚ, C.E. A. *Op. cit.*, p. 14.



O Direito penal econômico é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido<sup>89</sup>.

Apesar de ter um bem jurídico definido, não se quer dizer que, como consequência, o Direito Penal Econômico não tutele outros bens jurídicos. Afinal, “defendendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado, alcança também o patrimônio de indeterminado número de pessoas, protegendo-o contra fraudes, ardis e especulações ruinosas. Tal proteção, no entanto, é consequência, e não objetivo primordial, daquela que é dada ao objeto específico desse ramo do Direito”<sup>90</sup>.

Percebemos, pelo que foi exposto, que o Direito Penal Econômico apresenta, portanto, uma ilicitude material própria e, concomitantemente, uma específica tipicidade, conforme será analisado na próxima seção.

### **1.5 Os Delitos Econômicos e os Delitos Aduaneiros como objeto do Direito Penal Econômico**

A conceituação e a precisão da exata natureza dos bens e interesses jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico, como se expôs na seção anterior, é tarefa bastante difícil. Da mesma forma, evidencia-se essa dificuldade na conceituação de “delito econômico”, o que se dá em consequência dos diferentes critérios empregados para conceituá-lo, dentre os quais o bem jurídico tutelado, o *modus operandi*, os efeitos produzidos e o sujeito da conduta<sup>91</sup>.

Não obstante, como salienta Manoel Pedro PIMENTEL, sua delimitação deve ser resolvida pelo campo de incidência das leis que visam à segurança e à regularidade da boa execução da política econômica do Estado,

<sup>89</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>90</sup> PIMENTEL, M. P. *Idem*, p. 20.

<sup>91</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p. 440.

como, por exemplo, as leis sobre mercados de capitais, as leis antitrustes, as leis sobre as instituições financeiras e outras semelhantes<sup>92</sup>.

Destarte, para Manoel Pedro PIMENTEL:

Uma adequada sistematização doutrinária do delito econômico deve enfatizar a circunstância de ser, independentemente da qualidade ou da condição do sujeito ativo, uma ofensa contra a segurança e a regularidade da boa execução da política econômica do Estado, quer a ofensa se efetive através da fraude, quer se realize por meio da violência, quer se complete por intermédio da corrupção de funcionários administrativos, ou ainda por outros processos<sup>93</sup>.

Esta é também, aproximadamente, a posição de Rafael MIRANDA GALLINO, embora preferisse falar em “delito contra a ordem econômica”, porque “o delito, em si mesmo, não é econômico, nem político, nem social”<sup>94</sup>.

O delito econômico é a conduta punível que produz uma ruptura no equilíbrio que deve existir para o normal desenvolvimento das etapas do feito econômico; ou bem, a conduta punível que atenta contra a integridade das relações econômicas públicas, privadas ou mistas e que como consequência ocasiona dano à ordem que rege a atividade econômica ou provoca uma situação da qual pode surgir este dano<sup>95</sup>.

Raúl AMPUERO, por seu turno, acentuou como características do delito econômico:

Em primeiro lugar, é geralmente perpetrado no quadro da gestão empresarial, da administração de capitais industriais ou financeiros, da administração, em suma, dos meios de produção. Em segundo lugar, o dado que produz é, de um modo geral, incerto e, habitualmente, é anônima ou indeterminada a pessoa ofendida. Por fim, o terceiro elemento de configuração seria o elemento subjetivo, consistente no propósito, por parte do autor, de obter um lucro adicional ou uma utilidade complementar no giro normal do negócio; mediante a execução das manobras constitutivas do delito, este afã de lucro busca materializar-se em uma ganância desorbitada<sup>96</sup>.

Partindo do critério do bem jurídico como essência do conceito de delito econômico, Klaus TIEDEMANN, citado por Rodrigo RÍOS,

Já “propugnava a existência de duas categorias complementares de delito econômico. A primeira consistiria em um conceito estrito ou limitado de delito econômico, o qual compreende as transgressões no âmbito do direito

<sup>92</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>93</sup> PIMENTEL, M. P. *Idem*, p. 23.

<sup>94</sup> SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>95</sup> GALLINO, Rafael Miranda. *Delitos contra el Orden Económico*, p. 25, *apud* PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 23-24 (trad. da autora).

<sup>96</sup> AMPUERO, Raúl. La idea de legislar en materia de delito económico. *Revista de Ciencias Penales*, p. 27-28, *apud* SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 96.

administrativo-econômico, ou seja, aquelas lesivas à atividade interventora e reguladora do Estado” na economia. Já a segunda, uma concepção ampla, alcançaria, além destas condutas, todas aquelas figuras típicas que violam bens coletivos supraindividuais econômicos relacionados com a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços<sup>97</sup>.

Existe, ainda, um outro entendimento, representado pelo Funcionalismo Jurídico-Penal, para o qual o bem jurídico tutelado nos crimes econômicos seria a vigência da própria lei, partindo da premissa de que “ao Direito Penal não interessa toda ação prejudicial a um bem jurídico simplesmente, mas esta alteração deve dirigir-se contra a própria valoração positiva. Segundo este entendimento, o que constitui uma lesão de um bem jurídico penal não é o seu simples evento, mas a oposição a uma norma pertinente, quando aquela lesão seria evitável”<sup>98</sup>.

Assim, BRAUNECK, SCHÄFER e MERGEN, como refere Gérson Pereira dos SANTOS, “conciliam o ponto de vista criminológico com o jurídico-penal, e aludem à necessidade de decoro e moralidade na vida empresarial, situando o abuso de confiança e o abuso de possibilidades (formais e estruturais) numa estimativa crítica que desborda do conteúdo do direito vigente”<sup>99</sup>.

A partir também dessa concepção unitária, Klaus TIEDMANN, citado por SANTOS, referiu:

Na perspectiva desta orientação (a unitária), na qual se unem o direito penal e a criminologia em um conceito de delito econômico que, ao menos, se aproxima do direito penal vigente, compreende aquele, em primeiro lugar, as transgressões no campo do direito penal da atividade interventiva e reguladora do Estado na economia; além disso, as transgressões no campo dos assim chamados (especiais) *bens jurídicos supraindividuais* ou *sociais* da vida econômica que, por necessidade conceitual, transcendem aos interesses jurídicos individuais; finalmente, fatos penais no campo dos delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, falsificação, coação etc.), sem prejuízo das novas formas de ataque para as quais são reclamadas novas modalidades de proteção e, conseqüentemente, novos bens jurídicos<sup>100</sup>.

Assim, levando-se em consideração apenas o critério do bem jurídico, será possível estabelecer que a conduta que afeta diretamente um bem

<sup>97</sup> TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito. *Introducción al derecho penal económico y de la empresa*, apud RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Económico..., *Op. cit.*, p. 440.

<sup>98</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>99</sup> SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 97.

jurídico coletivo ou supraindividual de conteúdo econômico (de interesse geral) conferirá ao tipo penal em questão a qualidade de delito econômico<sup>101</sup>.

Por outro lado, como ressalta Rodrigo RÍOS, estudos recentes têm consolidado a extensão desse conceito àqueles delitos que, mesmo não possuindo um bem jurídico supraindividual como objeto imediato de proteção (eis que, neste caso, tutelam diretamente um bem jurídico individual de conteúdo econômico), são orientados à proteção de um bem jurídico mediato supraindividual<sup>102</sup>. Assim sendo:

Na análise do tipo penal econômico específico que resultará num primeiro momento, diretamente lesionado por parte da ação do sujeito ativo, será sempre o bem jurídico *imediato*. Este estará identificado com a lesão efetiva ou o perigo de lesão patrimonial, sendo sempre a principal referência para identificar as funções e o sentido do próprio tipo penal. Dessume-se que a ofensa às “funções” do bem jurídico não poderá estar incorporada ao tipo de injusto da infração correspondente.

Assim, pode-se prever que a “ordem econômica”, no sentido amplo do delito econômico, não aparecerá como bem jurídico diretamente protegido nas diversas figuras delitivas, mas desempenhará uma função sistemática ou categorial devendo ser precisado seu objeto em cada tipo penal específico. Considere-se que parte da doutrina penal tem insistido em enquadrar estas funções no “bem jurídico mediato”, vinculando-o a sua *ratio legis* ou à “finalidade objetiva da norma”. Significa que através da mesma se expressam as razões que conduzem o legislador penal a criminalizar determinado comportamento.

Definido o critério individualizador das condutas típicas passíveis de serem consideradas neste âmbito delitivo, de acordo com Martinez Bujan-Perez, ficariam excluídas aquelas condutas lesivas que, mesmo possuindo um indiscutível conteúdo econômico, se orientam de forma predominante à proteção de outros bens jurídicos. É o caso de alguns delitos tradicionalmente inseridos entre os delitos praticados por servidores públicos contra a Administração (ex.: corrupção passiva e enriquecimento ilícito etc.) e de condutas cometidas por particulares contra a fé pública, ou contra o patrimônio individual, entre outras.

Deste modo, o critério do bem jurídico torna-se fundamental para delimitar as figuras típicas que deverão integrar esta categoria<sup>103</sup>.

Esse critério, no entanto, sofre críticas por parte da doutrina, salientando-se que sua aplicação funcional atentaria aos limites do Direito Penal mínimo, bem assim que supõe ele o reconhecimento de funções delimitadoras e interpretativas próprias do bem jurídico deslocadas à *ratio legis*.

É por isso que, paralelamente a esse critério, outros são igualmente admitidos à conceituação de delito econômico. Destaca-se, por exemplo, o enfoque

<sup>100</sup> TIEDMANN, Klaus. El concepto de delito económico y derecho penal económico. *Nuevo Pensamiento Penal*, p. 5-8, *apud* SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>101</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Econômico..., *Op. cit.*, p. 441.

<sup>102</sup> RÍOS, R. S. *Idem, ibidem*.

<sup>103</sup> RÍOS, R. S. *Idem, ibidem*.

criminológico da criminalidade econômica, dentro do qual sobressai-se a figura de Edwin SUTHERLAND. Para SUTHERLAND e MERGEN, “o delito econômico se apresenta, criminologicamente, como modalidade da criminalidade de colarinho branco”<sup>104</sup>.

Embora não tenha conceituado de forma precisa o “delito econômico”, suas contribuições auxiliaram na identificação, sob o aspecto criminológico, desta categoria de delitos. Constata-se, a partir de suas pesquisas, que tanto o *modus operandi* quanto o sujeito ativo do delito econômico reúnem características próprias inerentes a este tipo de delito<sup>105</sup>.

A importância do enfoque criminológico à definição dos delitos econômicos é tanta que Manoel Pedro PIMENTEL salienta que “nenhum esforço será suficientemente bem sucedido, no campo de combate aos delitos econômicos, se não se levarem em conta os fatores criminológicos que favorecem a sua incidência e dificultam a repressão”<sup>106</sup>.

Dentre os delitos econômicos, tutelados pelo Direito Penal Econômico, encontram-se situados os delitos aduaneiros, que, segundo Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ:

São aqueles que violam a noção de ordem econômica, pretendendo desrespeitar as normas elaboradas pela Alfândega, fazendo transpor ilicitamente as fronteiras de determinado Estado. Os delitos aduaneiros violam interesses de tremenda importância para a economia nacional, nomeadamente para a indústria e para a produção de determinado país, gerando consequências maléficas para toda uma sociedade<sup>107</sup>.

Alguns autores, em virtude das características, das normas e dos princípios relativos ao comércio exterior, reconhecem, inclusive, a existência de um “Direito Aduaneiro”. Como exemplo, podemos citar José Lence CARLUCI, para quem a existência do direito aduaneiro tem como prenúncio “o comércio internacional como seu antecedente e a relação aduaneira como seu conseqüente,

<sup>104</sup> SANTOS, G. P. dos. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>105</sup> RÍOS, R. S. Reflexões sobre o Delito Econômico, *Op. cit.*, p. 444-445.

<sup>106</sup> PIMENTEL, M. P. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>107</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 17.

são os dois fatores condicionantes de um direito aduaneiro, aliados à especificidade de princípios e normas"<sup>108</sup>.

Para os defensores ferrenhos do direito aduaneiro, a abordagem deste braço do direito seria disciplinar os controles de entradas e saídas de veículos, pessoas e mercadorias, de acordo com os tratados internacionais, firmados pelo ordenamento pátrio e, ainda, ter o cuidado de atender aos interesses nacionais de intervenção na política interna e externa de comércio exterior. Sob a ótica jurídica, seria composto pelo conjunto de normas internas aplicáveis às importações e exportações, assim como pelos tratados internacionais, devidamente reconhecidos, sobre comércio exterior<sup>109</sup>.

Os delitos aduaneiros consistem na importação ou exportação de mercadorias proibidas ou de mercadorias permitidas sem o pagamento do imposto respectivo devido, mediante transposição do território aduaneiro. Verifica-se, assim, no que tange aos delitos aduaneiros, a presença dos seguintes elementos: o território aduaneiro, a mercadoria e as operações de exportação e importação.

O território aduaneiro abrange a chamada zona primária, que consiste nas faixas internas e externas de portos e aeroportos, recintos alfandegados e locais habilitados nas fronteiras terrestres, bem como as que efetuam operações de carga e descarga de mercadoria ou ainda embarque e desembarque de passageiros provenientes ou em deslocamento para o estrangeiro; e a zona secundária, que é o restante do território nacional, não compreendido na zona primária.

Alguns procuram separar os conceitos de zonas primárias e secundárias pelo tipo de trabalho executado. Assim, na zona primária se realizaria o desembaraço das mercadorias e na zona secundária a fiscalização dos estabelecimentos importadores ou exportadores. Todavia, este critério não é absoluto, eis que existem casos em que mercadorias saem da zona primária e são transferidas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro para uma zona

---

<sup>108</sup> CARLUCI, José Lence. *Uma introdução ao direito aduaneiro*, p. 21, *apud* FREITAS, Maxsoel Bastos de. *O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do direito. Jus Navigandi*. Disponível site: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4791>>, p. 1.

<sup>109</sup> FREITAS, Maxsoel Bastos de. *O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do direito. Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4791>>, p. 1.

secundária, sem efetuar o desembaraço da mercadoria, o qual acaba por ocorrer na zona secundária. Para a Secretaria da Receita Federal, esta transferência possibilita uma folga da zona primária, já que remove quase todos os procedimentos de fiscalização para a zona secundária. Para o importador, possibilita a proximidade da mercadoria e seus procedimentos com a sede de sua empresa<sup>110</sup>.

Por mercadoria deve-se entender tudo aquilo que é objeto do comércio. A mercadoria é o objeto da relação aduaneira, sobre a qual serão aplicados os mecanismos de controle que o Estado tem a sua disposição.

O delito aduaneiro por excelência é o contrabando, constante das mais diversas legislações brasileiras. Conforme conceitua JAPIASSÚ, significa “ação contrária ao *bandos* ou qualquer outra ordem de alguma autoridade. Ele é típico crime econômico, que se baseia na violação de normas de importação e exportação que o ente estatal apresenta, não necessitando, para tanto, que seja posto no comércio. Ao contrário, basta que o direito do Estado de decidir o que pode ser internado em seu território ou externado dele seja violado, para que se configure tal ilícito”<sup>111</sup>.

Caracterizados, destarte, como delitos aduaneiros, inegável concluir-se que, atualmente, os crimes de contrabando e descaminho podem ser classificados como delitos econômicos, cujo bem jurídico tutelado, consoante será tratado adiante, situa-se também na esfera da proteção à ordem econômica, representada, nesse caso, pela própria administração pública, entendida em seu sentido mais amplo.

Expostas, pois, essas breves considerações sobre a postura hodierna assumida pelo Direito Penal e a criminalidade econômica surgida recentemente, urge analisarmos especificamente os delitos de contrabando e descaminho, objeto do presente trabalho. Exporemos, no capítulo seguinte, o histórico e evolução daqueles delitos até sua concepção atual, expressa no artigo 334 do Código Penal, analisando-se seus elementos.

---

<sup>110</sup> FREITAS, Maxsoel Bastos de. *Op. cit.*

<sup>111</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 17.

## **CAPÍTULO 2. CONTRABANDO E DESCAMINHO: O ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

### **2.1 Histórico, Conceito e Natureza**

O Direito Penal Pátrio, dentre as várias condutas a que atribui o caráter de ilícito, cuidou também daquelas consistentes na exportação ou importação de mercadorias proibidas, bem como na fraude, parcial ou total, ao pagamento dos encargos aduaneiros devidos<sup>112</sup>. Tais modalidades delituosas sempre foram previstas em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil colonial<sup>113</sup>, em que a estrutura jurídico-social existente foi totalmente importada de Portugal sem qualquer adequação à realidade brasileira, o contrabando era previsto de forma assimilada nas Ordenações Afonsinas. O Livro V, no qual estava previsto aquela conduta delituosa, não contemplava, contudo, o princípio da reserva legal, tratando, assim, de forma assistematizada as condutas que podiam ser consideradas análogas ao atual crime de contrabando ou descaminho, estabelecendo que certas “cousas” não poderiam ser levadas para fora do Reino sem licença de “El Rey”<sup>114</sup>.

Estava disposto nos Títulos XLVII e XLVIII, que dispunham, de maneira extensa, sobre aquelas mercadorias que não poderiam ser exportadas ao Reino de Portugal. O primeiro deles previa que seria proibida a exportação de ouro, de prata, de moeda portuguesa, de cavalos, de rocins, de éguas e de armas, e estabelecia como pena o perdimento destas mercadorias em favor da Coroa, devendo, ainda, ser pago, a título de multa, o valor idêntico àquele das mercadorias. O título seguinte estabelecia que não se deveria levar para fora do Reino pão nem

---

<sup>112</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de Contrabando e Descaminho*, p. 3.

<sup>113</sup> Iniciamos aqui nossa análise, uma vez que, no período anterior (pré-colonial), não se pode falar em estrutura jurídico-social, eis que existiam apenas regras meramente consuetudinárias, imperando, no que concerne ao Direito Penal, a vingança privada (cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 25).

<sup>114</sup> LOTT, Herman. Crimes contra a Ordem Tributária. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3054>>, p. 1.



farinha, sob pena de perdimento destas mercadorias em favor do Estado, reservando-se ao acusador a terça parte do valor dos bens apreendidos<sup>115</sup>.

Com a revisão daquelas Ordenações, as quais passaram, em 1521, a se chamar Ordenações Manuelinas, o contrabando continuou a ser previsto, porém nos Títulos LCCCI e CII: o primeiro, da mesma forma que na legislação anterior, referia-se às mercadorias cuja exportação não era permitida; já o segundo, ao contrário, falava do que não poderia ser importado<sup>116</sup>.

Posteriormente, após uma enxurrada de leis esparsas, no ano de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, as quais constituíram o verdadeiro Código Penal do período colonial brasileiro. Nelas, “os preceitos eram estruturados de maneira bastante rudimentar, sem grande preocupação técnica. Não havia, como ocorre nas codificações contemporâneas, uma Parte Geral e outra Especial. Os delitos eram enumerados de modo casuístico, utilizando-se de uma linguagem peculiar, sem que, efetivamente, significassem um sistema”<sup>117</sup>.

As modalidades assemelhadas ao contrabando também seguiram essa característica e vinham previstas entre os Títulos CXII e CXV<sup>118</sup>. Com uma estrutura pouco científica, tais Ordenações não apresentavam, de maneira clara, quais os bens jurídicos tutelados pelos delitos. Não obstante, como salienta Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ:

Percebe-se o claro interesse econômico, sintetizado em mercadorias absolutamente indispensáveis às economias do mundo absolutista e mercantilista, como os metais preciosos e as embarcações, estas de importância ainda maior em um império colonial como eram o português e o espanhol àquele tempo<sup>119</sup>.

Com as mudanças ocorridas em nosso país, mormente a proclamação da independência em 1822, foi sancionado, em 1830, pelo Imperador D. Pedro I, o Código Criminal. Este Código consagrava, em seu artigo 1º, o princípio da legalidade e, por consequência, obrigou a perfeita descrição das condutas

<sup>115</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>116</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 29.

<sup>117</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 33.

<sup>118</sup> Referidos da seguinte forma: *Título CXII – Das cousas, que se não podem levar fora do Reino sem licença de El-Rey; Título CXIII – Que não se tire ouro nem dinheiro para fora do Reino; Título CXIV – Dos que vendem Náos, Navios e Estrangeiros, ou lhos vão fazer fora do Reino; Título CXV – Da passagem dos gados* (cf. JAPIASSÚ, *Op. cit.*, p. 33-34).

<sup>119</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 35-36.

criminosas. Dispunha sobre o contrabando e o descaminho em seu artigo 177, definindo-os da seguinte forma:

*“Importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação”.*

A pena era branda e consistia, tão-somente, em sanções pecuniárias, como a perda das mercadorias ou gêneros e multa igual à metade do seu valor.

Com a promulgação da República em 1889, editou-se, em 1890, o “Código Penal Brasileiro”, alvo de inúmeras críticas. O contrabando vinha disciplinado no artigo 265 do Capítulo Único do Título VII, que dispunha sobre os Crimes contra a Fazenda Pública, no Livro II, e era assim definido:

*“Importar ou exportar, gêneros ou mercadorias proibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento”.*

A Consolidação das Leis Penais Dec. 22213/32 tratou igualmente dos crimes contra a Fazenda Pública, definindo também o crime de contrabando em seu artigo 265, porém agregando outras condutas ao tipo, como importar e fabricar rótulos de bebidas e quaisquer outros produtos nacionais como se fossem estrangeiros, disciplinou a navegação de cabotagem dos navios estrangeiros, etc. A inclusão dessas “novas condutas”, no entanto, foi mera incorporação de tipos penais previstos em leis esparsas, como o do art. 4º da Lei 123/1892, do art. 1º do Decreto 1425-B/1905 e do art. 56 da Lei 4.440/1921<sup>120</sup>.

Finalmente, após nova série de mudanças, as quais culminaram com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, foi promulgado, em 07 de dezembro de 1940, o Decreto-lei nº 2848, que substituiu o Código Penal anterior.

Os crimes de contrabando e descaminho foram definidos no ainda hoje vigente artigo 334, *caput*, situado no Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral –, do Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública –, *verbis*:

---

<sup>120</sup> LOTT, Herman. *Op. cit.*, p. 1.

**“Art. 334.** Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou pelo consumo de mercadoria:

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”*

Como inovação, esse dispositivo legal apresentou, conforme ressalta JAPIASSÚ, a sugestão “da diferença conceitual efetivamente existente entre os dois ilícitos<sup>121</sup>. Todavia, não os isolou em dispositivos penais distintos, sendo este Código vigente até os dias de hoje”<sup>122</sup>.

O tipo penal acima descrito reuniu, como se vê, num único dispositivo, dois fatos diversos, estabelecendo, ainda, uma sinonímia entre essas duas modalidades distintas ao empregar a disjuntiva *ou* – contrabando ou descaminho –, o que parece indicar serem ambas as figuras idênticas.

Com efeito, não é incomum a confusão entre essas figuras, o que decorre do fato de que, desde sua gênese, a definição de contrabando sempre apresentou duas modalidades, uma referente à importação e à exportação de mercadorias proibidas e outra relacionada à fraude fiscal. Isso se deveu, segundo PESSINA, citado por JAPIASSÚ, ao fato de que ambos os casos referiam-se a um nome genérico que os caracterizava – *“fraudatum vectigal”* (ou: o *imposto defraudado nas transações da ordem internacional*)<sup>123</sup>. Por esta razão, em muitos países, ainda hoje, o termo contrabando refere-se também à sonegação do imposto alfandegário, não se empregando o termo corrente no Direito Brasileiro, descaminho<sup>124</sup>.

Não obstante, em que pese o emprego da disjuntiva “ou” e da confusão feita no direito estrangeiro entre o contrabando e o descaminho, essas duas figuras apresentam distinções. Conforme explicava MAGALHÃES NORONHA, o fato de o legislador ter acrescentado, num único tipo penal, duas condutas diversas, “não tem nem pode ter a força de mudar o que está na natureza dos fatos, como se verá: a ação física do contrabando é uma; a do descaminho é outra. Ainda:

<sup>121</sup> Refere-se, aqui, aos crimes de contrabando e descaminho.

<sup>122</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>123</sup> PESSINA *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 18.

<sup>124</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem, ibidem*.

aquela atenta, em regra, contra a higiene, a moral, a segurança pública; esta, contra o erário público”<sup>125</sup>.

Da leitura do artigo em questão, pode-se extrair que contrabando significa a importação ou a exportação de gênero ou mercadoria ditos proibidos, não se configurando um ilícito fiscal. O descaminho, ao contrário, constitui verdadeira fraude fiscal, fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros, consubstanciada na ilusão, total ou parcial, de direito ou imposto devido pela entrada ou saída de mercadoria. É um ilícito de natureza tributária, no qual se verifica uma relação entre o Fisco e o contribuinte que não é verificada no contrabando<sup>126</sup>. Contrabando, em sentido estrito, designa a importação ou exportação fraudulenta da mercadoria, e descaminho o ato fraudulento destinado a evitar o pagamento de direitos e impostos<sup>127</sup>.

Assim, como aduz Márcia Dometila de CARVALHO,

Enquanto o descaminho, fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros é, *grosso modo*, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributária pois atenta imediatamente contra o erário público, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Estes, precedidos de uma relação fisco-contribuinte, fazem consistir, o ato de infrator, em ofensa ao direito estatal de arrecadar tributos. Em resumo, o preceito contido nas normas tipificadoras dos delitos fiscais acha-se assentado sobre uma relação fisco-contribuinte, tutelando interesses do erário público e propondo-se, com as sanções respectivas, a impedir a violação de obrigações concernentes ao pagamento dos tributos. Já o preceito inerente à norma tipificadora do contrabando visa a proteger outros bens jurídicos, que, embora possam configurar interesses econômico-estatais, não se traduzem em interesses fiscais. Inexiste uma relação fisco-contribuinte entre o Estado e o autor do contrabando. Proibida a exportação ou importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou a sua saída das fronteiras nacionais configura um fato ilícito e não um fato gerador de tributos<sup>128</sup>.

Os delitos são, portanto, absolutamente distintos, incriminando o mesmo artigo penal duas figuras diversas. No dizer de Vicente Pinto de ALBUQUERQUE NASCIMENTO, referido por JAPIASSÚ, contrabando e descaminho diferem-se no seguinte sentido:

<sup>125</sup> NORONHA, Magalhães *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 56.

<sup>126</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal – Curso Completo*, p. 722.

<sup>127</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v.III, p. 385.

<sup>128</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 4.

1º) É que, no primeiro caso, no dizer de Pereira de Souza, no seu “Esboço de um dicionário jurídico” o contrabando é o comércio que se faz em contravenção da lei proibitiva;

2º) No segundo, o descaminho, como definiu Viveiros de Castro, é todo e qualquer ato fraudulento que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, pagamento dos direitos, impostos estabelecidos sobre a entrada, a saída, a fabricação ou consumo de mercadorias.

A definição de Viveiros de Castro está apoiada no próprio texto da lei penal. Poderá dizer-se que o contrabando constitui também um ato fraudulento que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos aduaneiros; e daí, como consequência, abranger, ele, o descaminho, como acima já fizemos notar<sup>129</sup>.

O crime de contrabando, dessa forma, tende a ser um crime pluriofensivo, eis que, no seu caso, a norma tem por objeto a tutela de interesses diversos, podendo a conduta ofender a mais de um bem jurídico: além de atentar contra o erário público, poderá ofender a higiene, a moral ou a segurança pública, sendo idôneo ainda a prejudicar a indústria nacional. O descaminho, por seu turno, é essencialmente um ilícito de natureza fiscal, podendo se dizer que se trata de um “contrabando contra o Fisco”<sup>130</sup>, ou seja, representa uma fraude fiscal, dela se distinguindo porque, no descaminho, haverá de ser perquirida a culpabilidade do agente<sup>131</sup>. É, dessa forma, um crime que ofende apenas um bem jurídico – o erário público/Fisco. A tutela deste é essencialmente o bem protegido ou, ainda, a economia nacional, o que justifica a classificação sistemática do delito, dada a ampla concepção de administração pública.

A legislação reuniu, assim, no mesmo artigo penal, um crime que caracteriza sonegação fiscal e outro que vai de encontro a interesses econômico-estatais. De qualquer forma, a Administração Pública aparece como sendo o principal bem jurídico tutelado por esses crimes, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Conforme assinala Cezar Roberto BITENCOURT, “protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários”<sup>132</sup>.

A propósito, é importante ressaltar que o Código Penal não entende por administração pública apenas a atividade administrativa em sentido estrito, como

<sup>129</sup> ALBUQUERQUE NASCIMENTO, *Contrabando em Face da Lei*, p. 134, *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 59-60.

<sup>130</sup> COSTA JR., P. J. da. *Op. cit.*, p. 723.

<sup>131</sup> Vide *infra*, p. 110 e ss.

<sup>132</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, v.4, p. 484.

sendo aquela distinta da atividade legislativa ou jurisdicional, mas também leva em consideração toda a atividade estatal, no campo subjetivo e objetivo. Dessa forma, sob o ponto de vista subjetivo, é a administração pública entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas; e, sob o aspecto objetivo, é considerada como toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum<sup>133</sup>.

Para Nilo BATISTA, no entanto, também “a objetividade jurídica do contrabando reside na violação ao fisco, como no resto do mundo de tradição jurídica semelhante à brasileira. Seria, em realidade, um delito fiscal, tal qual o descaminho”<sup>134</sup>. Não obstante, nos Estados em que se sustenta ser o contrabando um delito fiscal, não se faz a distinção entre contrabando e descaminho, sequer existindo esta última figura.

Inúmeras críticas foram tecidas ao legislador do Código Penal Pátrio de 1940, que entendeu por bem incluir o contrabando e o descaminho num mesmo tipo penal<sup>135</sup>; no entanto, “em defesa do legislador, por ter unificado duas realidades diversas sob um único tipo penal e uma mesma sanção, saliente-se o fato de que as fronteiras entre os dois ilícitos tornam-se menos rígidas quando se verifica que a proibição de importar ou exportar que diferencia o contrabando do descaminho pode ser apenas relativa. Isto é, traduz-se em mera suspensão de importação, ou seja, proibição de importar ou exportar por certo período de tempo ainda que indeterminado”<sup>136</sup>.

Assim, para a caracterização do contrabando, impõe-se verificar se os gêneros e mercadorias são proibidos em nosso país. Essa proibição pode ser relativa ou absoluta. Esta leva em conta a natureza da mercadoria (por exemplo, tóxico), a qual não pode, em tempo algum e sob qualquer forma, ser importada ou exportada. Trata-se, geralmente, conforme indica Márcia de CARVALHO, de

---

<sup>133</sup> COSTA JR, P. J. da. *Op. cit.*, p. 679.

<sup>134</sup> BATISTA, Nilo. *O Objeto Jurídico*, p. 89-91, *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>135</sup> Vide a posição de Alfredo Pinto Corrêa *in* *O contrabando e seu processo*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907, *apud* CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 11-12, ao afirmar que a definição do Código confunde fatos muitíssimo diversos como gêneros e mercadorias proibidas e mercadorias furtadas ao pagamento dos direitos de importação, esclarecendo, ainda, que, embora a penalidade do Código de 1890 fosse a mesma para tais fatos, já àquela época os regulamentos fiscais estabeleciam uma linha de separação que não os confundia.

<sup>136</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 12.

mercadoria cujo ingresso no país tanto pode ferir a segurança nacional como afetar os princípios de higiene e moral vigentes<sup>137</sup>. A proibição relativa, por sua vez, pode ser distinguida, conforme expõe BENJAMIN DE MORAIS, citado por Márcia de CARVALHO, quanto ao tempo e à forma. Ou seja, em relação ao tempo, se o produto nacional está se escasseando, a exportação de uma determinada mercadoria pode ser proibida por um certo lapso temporal; e, em relação à forma, pode-se condicionar a entrada de uma mercadoria no país a um determinado tipo de embalagem, visando à proteção da indústria nacional. A vedação da entrada da mercadoria por um período determinado no país configura uma “medida contingente de protecionismo estatal a determinados setores da economia interna do país”<sup>138</sup>.

Saliente-se, ademais, que, nos casos da citada proibição absoluta, em decorrência da natureza da mercadoria importada ou exportada, pode-se incidir o fato não na descrição do *caput* do artigo 334 do Código Penal, mas em tipos diversos, como, por exemplo, o art. 234, referente à importação, exportação e comércio de escrito ou objeto obsceno; o artigo 289, § 1º, que se refere à importação ou exportação de moeda falsa; e mesmo àqueles tipificados em lei especial, como o artigo 12 da Lei nº 6.368/76. À vista disso, CARVALHO entende que o preceito do art. 334, *caput*, do Código Penal, ater-se-ia, via de regra, à proibição dita relativa<sup>139</sup>.

Interessante, nesse aspecto, o posicionamento da autora citada no que concerne à tipicidade do delito de contrabando, justificando o fato de um mesmo tipo abordar dois delitos diversos. Assim, a partir da conclusão acima esposada, na qual a proibição de importação ou exportação de mercadorias veiculadas no *caput* do artigo 334 seria, via de regra, relativa, e entendendo serem tais medidas alvo constante de modificações pela legislação fiscal pertinente, salienta Márcia de CARVALHO que a diferenciação entre o contrabando e o descaminho, na esfera penal, não deve ter a mesma relevância que na esfera administrativa, em face das conseqüências de ordem prática. Expõe, assim, que:

O sujeito ativo do crime de contrabando estava, apenas, querendo iludir pagamento do tributo, ignorando a qualidade de proibida – quanto ao tempo ou quanto à forma – da mercadoria que importara. Embora o tratamento

<sup>137</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

<sup>138</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 12-13.

<sup>139</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

dado ao erro – teoria limitada da culpabilidade – pela Lei n.º 7.209/84 (Nova Parte Geral do CP), o erro aí, versando sobre a qualidade de *proibida* da mercadoria, possa, à primeira vista, ser classificado como erro sobre elementos constitutivo do tipo legal – art. 20 do Código Penal – escusável, portanto, ao infrator, no caso em tela, aplicar-se-á, inevitavelmente, a sanção do art. 334, não importa se, visando ao descaminho, incorreu na prática do contrabando relativo. Isso porque, enquadradas, em um mesmo tipo penal, as duas modalidades, a distinção entre contrabando relativo e descaminho resta como filigrana doutrinária. Na realidade o que acontece é que o sujeito ativo quer importar ou exportar *fraudulentamente* a mercadoria, seja ela sujeita a tributos ou de importação ou exportação suspensas. Age, pois, com consciência da ilicitude do fato e o desconhecimento da proibição, se existente, não se traduz em um erro essencial, capaz de afastar o dolo, frente ao tipo legal<sup>140</sup>.

O descaminho, por seu turno, caracteriza-se pelo emprego de fraude para evitar o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou saída da mercadoria não proibida<sup>141</sup>. No que diz respeito a esse delito, faz-se mister a verificação dos impostos, taxas ou direitos realmente devidos, a exatidão do cálculo e a obediência às formalidades legais.

Tocante à natureza desses delitos, muito embora o crime de contrabando, em geral, seja um delito pluriofensivo, tutelando bens jurídicos diversos, é inegável que enquadram-se entre os chamados “delitos aduaneiros”, que, por sua vez, se situam na categoria dos “delitos econômicos”. São os delitos aduaneiros aqueles que violam a noção de ordem econômica, pretendendo desrespeitar as normas elaboradas pela Alfândega, fazendo transpor ilicitamente as fronteiras de determinado Estado<sup>142</sup>, conforme já se abordou acima.

O contrabando é o delito aduaneiro por excelência, é típico crime econômico que se baseia na violação de normas de importação e exportação que o ente estatal apresenta. Dessa forma, seu objeto jurídico, acima de tudo, acaba por ser o próprio interesse estatal no que se refere ao erário público, que tenha sido lesado por ato delituoso praticado pelo sujeito passivo.

Em relação aos sujeitos, os crimes de contrabando e descaminho são delitos comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa, até mesmo por funcionário público<sup>143</sup>. Assim, qualquer do povo que importar ou exportar mercadoria

<sup>140</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 13-14.

<sup>141</sup> MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 386.

<sup>142</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>143</sup> O funcionário público que, no entanto, participar do crime com infração do dever funcional, incorre nas sanções do art. 318 – facilitação de contrabando ou descaminho.



proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento do imposto devido pela entrada, saída ou consumo da mercadoria, será o sujeito ativo do crime. Ainda, pode-se considerar como sujeito ativo das condutas descritas no § 1º, aquele que vende, expõe à venda, guarda, adquirir, recebe, oculta, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadorias de procedência estrangeira irregular (por intermédio do contrabando ou descaminho), sem documentação ou com documentos sabidamente falsos.

Não é especificamente um delito plurissubjetivo; no entanto, o contrabando, em geral, costuma ser praticado por um grupo, associado em quadrilha, respondendo os co-autores em concurso pelos crimes de contrabando e de quadrilha ou bando (art. 288).

No pólo passivo, tendo em vista o titular do bem ofendido, figura a administração pública ou o Estado, principal interessado na repressão ao indevido comércio exterior, obrando para a regularidade da importação de mercadorias, além da cobrança do que daí decorre<sup>144</sup>.

Analizados os aspectos históricos e conceituais dos crimes de contrabando e descaminho, faz-se pertinente a análise específica do tipo legal inserido pelo legislador no artigo 334 do Código Penal, *caput* e parágrafos, ressaltando-se o tipo objetivo e o tipo subjetivo exigidos para sua caracterização.

## **2.2 O Artigo 334: Análise de Sua Tipicidade e o Conceito Analítico de Crime**

O crime, qualquer que seja, mais que um fenômeno social, integra a própria vida humana. Muito substancialmente, conforme sugere Francisco de Assis TOLEDO, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos protegidos<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>145</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 80.

No entanto, essa definição não se mostra suficiente à dogmática penal, que exige um conceito mais analítico, apresentando os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. Dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável, acompanhando ainda os ensinamentos de TOLEDO, a definição que considera o crime como ação típica, antijurídica ou ilícita e culpável.

Tendo em vista que o escopo deste trabalho não se destina a estudar o crime, seu conceito e todas as teorias a seu respeito, o que, sem dúvida, ensejaria a elaboração de, no mínimo, outra dissertação, não se pretenderá, nesta seção, esgotar todas as posições e opiniões sobre o assunto.

É por essa razão que, por uma questão de didática, assumimos o conceito tripartido de crime, não cabendo aqui sejam traçadas maiores observações a respeito. A partir disso, portanto, serão analisados cada um dos elementos do crime, transpondo-os, após, à leitura do tipo penal inserido no artigo 334 do Código Penal brasileiro.

Analisando-se o tipo penal contido no *caput* do art. 334 do Código Penal, verifica-se que ele apresenta, conforme se referiu na seção anterior, duas figuras típicas distintas. Na primeira parte, ele inscreve o *contrabando*, ou seja, a conduta de importar ou exportar mercadoria proibida. Compreende, portanto, duas subespécies: *importar* mercadoria proibida, ou seja, fazê-la entrar no território nacional, considerado este em seus limites territoriais, marítimos ou aéreos; e *exportar*, isto é, fazê-la sair do território, considerados os seus mesmos limites.

O objeto da importação ou exportação ilícita é o que a lei define como “mercadoria proibida”. Por mercadoria, entende-se toda coisa móvel e apropriável que se usa negociar<sup>146</sup>. A proibição, por seu turno, engloba, como já se explicitou na seção anterior, tanto a mercadoria proibida em si mesma (proibição absoluta), como a que o é apenas em determinadas circunstâncias (proibição relativa)<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*, p. 598.

<sup>147</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v.9, p. 433, *apud* MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 385.

A proibição absoluta refere-se à própria natureza da mercadoria, a que é em si mesma proibida. Neste caso, o impedimento de que seja comercializado em território nacional independe de legislação, já que é a essência do produto que torna seu tráfico reprovável, não podendo a mercadoria, de forma alguma, entrar ou sair de nosso território (v.g., art. 1º da Lei 5.471/68). Por seu turno, a proibição relativa condiciona, conforme expusemos anteriormente, ao tempo e à forma, referindo-se a produtos que podem ser comercializados, desde que satisfeitos certos requisitos<sup>148</sup> (v.g., art. 4º da Lei 4.845/1965). Neste sentido já decidiu o STF:

*"CRIME DE CONTRABANDO – Para que haja crime de contrabando é preciso que ocorra importação ou exportação de mercadoria proibida. Essa proibição pode ser absoluta ou relativa, sendo que é relativa quando a proibição cessa com a satisfação de determinadas condições. A obrigatoriedade de "autorização para exportação" expedida pelo Ministério da Agricultura, sem a qual a CACEX não poderia dar a licença para a exportação de sementes de soja ainda quando o pedido estivesse acompanhado de certificado fitossanitário, caracteriza a proibição relativa que dá margem à ocorrência do crime de contrabando quando – como sucedeu na espécie – não é ela afastada pela satisfação dessas condições. Habeas corpus indeferido"*<sup>149</sup>.

Trata-se, no caso, de uma norma penal em branco, de forma que, para a correta aferição da tipicidade formal, faz-se necessário socorrer-se de diplomas complementares que contenham a definição de quais são as mercadorias absoluta ou relativamente proibidas<sup>150</sup>.

Quando a importação de certas coisas configura, por si mesma, ilícito penal (tráfico de entorpecentes, literatura e filmes obscenos, armas de fogo ou engenho explosivos ou armas de guerra ou utilizáveis como instrumento de destruição etc.), prevalece a norma especial, restando absorvido o crime de contrabando<sup>151</sup>.

O contrabando, destarte, só existe em se tratando de importação ou exportação de mercadoria proibida, seja de forma permanente ou temporária. Assim sendo, como assinala JAPIASSÚ,

<sup>148</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>149</sup> STF, HC 69.754-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 12.03.1993.

<sup>150</sup> JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*, p. 987.

<sup>151</sup> MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 386.

A questão do delito não se refere a comércio proibido, mas refere-se, sim, à simples entrada ou saída de mercadoria que conste de lista elaborada pelas autoridades competentes, classificadas como proibidas.

Da mesma forma, é irrelevante ao contrabando que ele seja clandestino. É evidente que o contrabando, em geral, se faz através da alfândega, fazer entrar ou fazer sair mercadoria proibida, de forma oculta ou escancaradamente, é crime da mesma maneira.

Deverá, também, constituir crime a reintrodução, em território nacional, de mercadoria nacional destinada, especificamente, à exportação e com venda proibida em território brasileiro. Tal incriminação é possível pela disposição legal constante do artigo 334, *caput*, que estabelece ser vedado o comércio de mercadoria proibida e não de mercadoria estrangeira. O que importa, então, não é a procedência, mas a proibição de circular dentro de fronteiras pátrias. Importa, pois, saber se a mercadoria, ainda que nacional, seja proibida e proceda do exterior<sup>152</sup>.

Na segunda parte do *caput* do artigo 334, a lei refere-se ao *descaminho*, caracterizado, como se expôs acima<sup>153</sup>, pelo emprego de fraude para evitar o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou saída da mercadoria não proibida<sup>154</sup>, sendo necessária a verificação dos impostos, taxas ou direitos realmente devidos, a exatidão do cálculo e a obediência às formalidades legais.

Consiste o crime em *iludir*, que significa burlar, enganar, ludibriar, fraudar o pagamento, total ou parcial, de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Traduz a idéia de mascarar a realidade, simular, dissimular, enfim, o agente se vale de expediente para dar impressão, na espécie, de não praticar conduta tributável<sup>155</sup>. Na exportação são pagos os direitos; na entrada de mercadoria, o imposto de importação; e, pelo consumo, paga-se o ICM<sup>156</sup>.

O tipo penal em questão exige, portanto, à sua configuração, a utilização de um meio fraudulento, o qual pode ocorrer tanto por ação como por omissão. Exemplificando, na primeira hipótese o agente procura demonstrar que determinada mercadoria é outra e não aquela, ou que tem outras propriedades que não as verdadeiras; na segunda, o agente, indagado pelo fiscal alfandegário se traz consigo objeto ou mercadoria tributável, finge que não entendeu, deixa de responder

<sup>152</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 63-64.

<sup>153</sup> Vide *supra*, p. 56.

<sup>154</sup> MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 386.

<sup>155</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.*, p. 484.

<sup>156</sup> COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Op. cit.*, p. 724.

ou simplesmente não toma a iniciativa de expor sua mercadoria tributável. Exige-se, pois, a configuração nítida do propósito de não efetuar o pagamento<sup>157</sup>.

Em geral, configura-se o crime na posse de mercadoria estrangeira sem comprovante da importação regular e em quantidade superior às necessidades de uso pessoal do agente. Inclusive, defende-se a tese de que:

Só o fato de inexistir documento dando conta de que o imposto de importação foi recolhido não possui o condão de ter-se por tipificado o crime e que a pessoa que traz em sua bagagem, colocada no lugar próprio do ônibus, sem desviar-se de barreira alfandegária, produto importado, facilmente encontrável mediante singela fiscalização não pratica conduta típica, merecendo apenas sanções de âmbito fiscal<sup>158</sup>.

No que concerne ao tipo subjetivo dos delitos de contrabando e descaminho, consiste o dolo na vontade livre e consciente de se praticar a conduta delituosa – importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir o pagamento de direito ou imposto –, referido pela corrente tradicional como “dolo genérico”.

Tocante ao contrabando, imprescindível que o agente saiba que se trata de mercadoria proibida. Como afirmava MAGALHÃES NORONHA, citado por JAPIASSÚ, “quem pensa não ser proibida a mercadoria que importa ou exporta, sobre errar acera de elemento essencial do tipo, não tem consciência da ilicitude do fato e sem isso não há dolo”<sup>159</sup>. Saliente-se, apenas, que, como se ressaltou na seção anterior, seguindo-se o entendimento de Márcia Dometila Lima de CARVALHO, ainda que o agente não saiba que se trata de mercadoria proibida, se tinha o intuito de iludir o pagamento de tributo, restará caracterizado crime – embora, nesse caso, não o contrabando, mas o descaminho.

Especificamente no que se refere ao descaminho, o tipo subjetivo consiste também no chamado dolo genérico, consubstanciado na vontade de iludir, no todo ou em parte, o pagamento do tributo devido:

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DOLO GENÉRICO.*

*1. O tipo subjetivo do descaminho é o dolo, genérico, consistente na vontade livre e consciente de iludir, no todo ou em parte, o pagamento do tributo. Nenhuma outra conduta é exigida, bastando ao tipo que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à cota.*

<sup>157</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.*, p. 484-485.

<sup>158</sup> NORONHA, E. M. *Direito Penal*, 15.ed., v.4, p. 445, *apud* MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 386.

<sup>159</sup> NORONHA, E. M. *Direito Penal*, 19.ed., v.4, p. 330, *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 66.

## 2. Recurso conhecido e provido<sup>160</sup>.

Nenhuma outra conduta, portanto, é exigida na hipótese de descaminho, sendo suficiente para caracterizar a conduta descrita no tipo que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à cota permitida. Não obstante, há acórdãos exigindo, para o descaminho, o dolo específico consistente no ânimo de lesar o fisco, conforme os seguintes julgados:

*“Sem o ânimo de lesar o fisco, não se tem como configurado o crime de descaminho, tanto mais quando cobrados pelo menos em parte os direitos relativos às mercadorias trazidas do estrangeiro”<sup>161</sup>.*

*“Recurso de habeas corpus. Acusação de descaminho. Apreensão de bagagem depois de normalmente liberada pela fiscalização alfandegária. Fraude alegada que não se configura, pois em nenhum momento se caracterizou o dolo. Flagrante preparado, sem qualquer indício de que tenha sido iludido o pagamento dos tributos de impostos acaso incidentes na liberação da mercadoria de ingresso não proibido no País. Recurso provido para trancar a ação penal”<sup>162</sup>.*

*“PENAL: DESCAMINHO. AUSÊNCIA DE DOLO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MERCADORIAS DE REDUZIDO VALOR.*

*1 - Mercadorias de pequeno valor excluem o dolo específico necessário à caracterização do delito previsto no artigo 334, caput, do CP.*

*2 - Recurso Provido”<sup>163</sup>.*

No descaminho, o tipo subjetivo, pois, é verificado na intenção que tem o agente de fugir ao pagamento do tributo devido, contrariamente ao que ocorre com relação ao contrabando. Enquanto este é um típico crime comissivo, “o descaminho, embora infração comissiva porque a ação refere-se a atos fraudulentos – iludir o pagamento –, situa-se entre os denominados delitos comissivos por

<sup>160</sup> STJ, RESP 125.423/SE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 30.11.98, p. 184.

<sup>161</sup> TFR, AP 4.094, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir G. Passarinho, j. 09.06.81, RF 275/285. Pertinente transcrição de parte do voto proferido pelo Min. Evandro Gueiros Leite, revisor: “(...) Esses fatos sem dúvida caracterizam a infração tipificada no art. 334, § 1º, letra c, do C. Pen., se não fossem as circunstâncias que os cercavam. Tal como menciona a respeitável sentença recorrida, a acusada não fazia mistério das suas atividades nesse comércio marginal, tanto mais quanto não eram as mesmas desconhecidas das nossas autoridades fiscais. Até pelo contrário eram admitidas e toleradas como regulares, porquanto a acusada dispunha de documentos que juntou nos autos por onde se vê da regularização fiscal do ingresso de tais mercadorias, relativamente ao pagamento dos impostos de importação e sobre produtos industrializados. É como disse a sentença, que a denunciada, pessoa de poucas letras e afeição aos hábitos de sua vida em região fronteiriça, por certo não praticava aqueles atos com intenção de lesar os cofres do Tesouro, mas tão-somente para possibilitar-se os ganhos de sobrevivência, no comércio que vinha mantendo de longa data, graças às constantes viagens que fazia aos países vizinhos. Embora louvável a ação fiscal, que pôs fim a essas atividades da acusada, acho, com a sentença, que a sua punição não deve extrapolar da esfera administrativa, razão pela qual confirmo a sentença”.

<sup>162</sup> STF, RHC 66.980-8, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 22.11.88, DJU 10.03.89.

<sup>163</sup> TRF-3ª Região, ACR 94.03.081989-8-MS, 2ª Turma, Rel. Juiz Arice Amaral, j. 20.05.97, DJ 04.06.97, p. 40.563.

omissão: o fato voluntário da falta de pagamento do imposto é precedido dos meios dolosos consistentes na fraude para iludir o pagamento”<sup>164</sup>.

Ainda, tocante ao dolo exigido para a caracterização do crime de descaminho, importante ressaltar, conforme posição defendida por DELMANTO, que:

Não obstante a ressalva prevista no art. 508 do Decreto nº 91.030/85 (Regulamento Aduaneiro), no sentido de que a imposição de penalidade fiscal não prejudica “a aplicação das penas cominadas para o mesmo fato pela legislação criminal e especial”, entendemos não haver *dolo* de fraudar o fisco, naquelas situações em que o agente – não procurando desviar-se das barreiras alfandegárias e tampouco se utilizando de fraude para diminuir o valor dos bens adquiridos no exterior (p. ex.: notas ideologicamente falsas) – não se dirige espontaneamente à autoridade aduaneira para declarar o excesso da cota de isenção sobre a aquisição de bens no estrangeiro que componham a sua bagagem – ou seja, “o conjunto de bens de viajante que, pela quantidade ou qualidade, não revele destinação comercial” (art. 228, § 1º, do referido Decreto). Nessas hipóteses, em que a singela fiscalização das autoridades aduaneiras constataria o excesso, mesmo que o agente não tenha trazido recibos das suas compras, haverá somente *ilícito fiscal*<sup>165</sup>.

Embora aludida posição seja questionada, como se expôs acima, os tribunais pátrios estão se voltando à exigência do dolo específico, caracterizado pela vontade do agente em lesar o Fisco.

O artigo 334 não se limita ao seu *caput*, descrevendo, além dos crimes de contrabando e descaminho, condutas a eles assemelhadas. Em decorrência da sofisticação da prática de tais delitos, que, com o tempo, apresentaram-se sob múltiplos aspectos, o legislador viu-se obrigado a revisar o dispositivo penal, estendendo-o às suas inúmeras facetas<sup>166</sup>.

Editou-se, primeiramente, em 1965, a Lei n.º 4.729, chamada “Lei de Sonegação Fiscal”, que alterou os parágrafos do art. 334, acrescentando as letras *c* e *d* ao § 1º, substituindo a redação do § 2º e transferindo a norma do antigo § 2º (contrabando ou descaminho praticado em transporte aéreo) para o atual § 3º, na tentativa de aperfeiçoar a tipificação que já se revelava impotente para contemplar todos os fatos ligados à exportação e importação fraudulenta de mercadorias<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>165</sup> DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JR., R.; e DELMANTO, F. M. de A. *Op. cit.*, p. 599.

<sup>166</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>167</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

Assim, passamos a ter, também dentro do artigo 334 do Código Penal, os chamados casos de contrabando e descaminho por “assimilação”, previstos no parágrafo primeiro (§ 1º) do citado artigo:

*“ § 1º Incorre na mesma pena quem:*

- a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;*
- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;*
- c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;*
- d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.”*

O fato descrito na alínea “a”, consistente na navegação de cabotagem, é uma norma penal em branco, que se completa com as leis que regulamentam a navegação entre os portos brasileiros (vide artigo 178, parágrafo único, da Constituição Federal). A conduta prevista na alínea “b”, que consiste na prática de fato assimilado a contrabando ou descaminho, em razão de lei especial, também é uma norma penal em branco, completando-se com leis especiais, dentre as quais pode-se citar o Decreto-Lei nº 288/67, que em seu artigo 39 considera crime de contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca, sem autorização legal; a Lei nº 4.907/65, que em seu artigo 8º manda aplicar o artigo 334, § 1º, “b”, do Código Penal, aos responsáveis pela violação dos cofres de carga ou contêineres; e o Decreto-Lei nº 399/98, que em seu artigo 3º trata de cigarros, charutos ou fumo estrangeiro<sup>168</sup>.

Ainda, o parágrafo primeiro do artigo 334 traz, em sua alínea “c”, a tipificação da conduta relacionada ao uso comercial ou industrial de mercadoria que o próprio agente importou ou introduziu, ou que sabe ser produto de contrabando ou descaminho. Segundo DELMANTO, pune-se quem, no exercício de atividade comercial ou industrial, pratica as seguintes ações: vende (cede ou transfere por certo preço); expõe à venda (mostra aos eventuais compradores, com oferecimento, expresso ou tácito, de venda); mantém em depósito (tem guardado à disposição em lugar não exposto); ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio (a

<sup>168</sup> DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JR., R.; e DELMANTO, F. M. de A. *Op. cit.*, p. 600.



utilização punida é aquela referente à atividade comercial ou industrial). O objeto material desse delito é a mercadoria estrangeira que o próprio agente introduziu clandestinamente no país, que importou fraudulentamente ou que, não tendo nem exportado ou importado, sabia ser a mercadoria produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta, ou seja, sabia da origem clandestina ou fraudulenta da mercadoria<sup>169</sup>.

Pode-se, a partir da análise desse delito, vislumbrar um conflito aparente de normas entre essa conduta descrita no parágrafo primeiro, alínea “c”, do artigo 334, e aquela descrita em seu *caput*. Aquele, como vimos, tipifica a conduta daquele que *“vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente (...)”*. Ora, se este dispositivo tipifica a conduta daquele que, por exemplo, vende mercadoria que ele próprio introduziu de forma irregular no país, suprimindo os tributos devidos, estaríamos diante de uma situação em que, por um lado, seria o agente enquadrado na disposição do *caput*, eis que ele próprio teria praticado a conduta de importar mercadoria iludindo o Fisco, mas, também, na disposição do § 1º, c, eis que, no exercício da atividade comercial, pratica a venda daquela mercadoria.

No entanto, por se tratar, evidentemente, de um conflito aparente de normas, a solução se dá pela aplicação do princípio da consunção, de forma que o crime de descaminho, no exemplo dado, consiste em crime-meio para o objetivo final do agente, que é comercializar a mercadoria descaminhada. Assim, nas duas primeiras hipóteses previstas pelo dispositivo em questão, apesar de o agente ter sido o autor do crime anterior (contrabando ou descaminho), somente será punido pela figura do parágrafo primeiro.

Por fim, a alínea “d” do parágrafo primeiro do artigo 334 traz a previsão da conduta consistente na receptação de produto de contrabando ou descaminho. Tal figura tem igual pressuposto daquela praticada no “exercício de atividade comercial ou industrial” (alínea “c”). Os núcleos são: adquirir (para si, a título oneroso ou gratuito); receber (tomar posse por qualquer título que não seja a

---

<sup>169</sup> DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JR., R.; e DELMANTO, F. M. de A. *Idem, ibidem*.

propriedade); ou ocultar (esconder a mercadoria, dissimulando a posse). As ações devem ser praticadas em proveito próprio ou alheio e o objeto material deste inciso é a mercadoria de procedência estrangeira: desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos (é necessário, nesse caso, que o agente saiba que os documentos são falsos).

Tal conduta pode também configurar um aparente conflito com aquela descrita no artigo 180 do Código Penal (receptação) e, nesse caso, por ser a figura da alínea “d” do parágrafo primeiro do artigo 334 norma específica, deve prevalecer sobre aquela, que é norma geral. Não obstante, observa-se que a pena cominada ao artigo 180, § 1º, do Código Penal, é flagrantemente desproporcional em relação àquela do artigo 334, § 1º, “d”. Dessa forma, enquanto a receptação de televisores furtados, no exercício da atividade comercial ou industrial, é punida com pena de reclusão de três a oito anos, e multa (art. 180, § 1º), a receptação de televisores descaminhados, no mesmo exercício da atividade comercial ou industrial, é apenada com reclusão de um a quatro anos (art. 334, § 1º, d).

No caso de uso de documento falso para a importação ou exportação de mercadorias, a modalidade delituosa descrita no artigo 304 do Código Penal restará absorvida pela alínea “d” do parágrafo primeiro do artigo 334, eis que é considerada crime-meio para a prática do crime final.

Oportuno observar, nesse caso, que a Jurisprudência Pátria tem entendido que, nas hipóteses em que o crime final (descaminho ou contrabando) restar descaracterizado pela aplicação do princípio da insignificância<sup>170</sup>, o crime meio deve ainda subsistir, devendo ser também verificada a relevância jurídica desta última conduta<sup>171</sup>:

---

<sup>170</sup> Vide infra, Capítulo 3, 83 e ss.

<sup>171</sup> Da mesma forma, entendeu a Jurisprudência com relação aos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso empregados como crime meio para a prática do crime de sonegação fiscal. Assim, a extinção da punibilidade do agente com relação ao crime de sonegação fiscal, em decorrência do pagamento dos tributos devidos, não se estende aos crimes meio (STF, 2ª T., RHC 59.597-SP, Rel. Min. Décio Miranda, j. 02.05.82, RTJ 101/1.005 e RT 564/411). A explicação está inserida no artigo 108 de nosso Código Penal, que dispõe que “a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão”.

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. USO DE DOCUMENTO FALSO. JUÍZO DE REPROVAÇÃO IN ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME FIM.*

*Ainda que o crime meio apresente um juízo de reprovação in abstrato maior que o crime fim, tal como no caso da relação entre uso de documento falso (art.304 do CP) e descaminho (art.334 do CP) e, em relação a este (crime fim) seja reconhecida a incidência da insignificância, a relevância jurídica deve ser verificada quanto ao crime meio também, não restando, este último, descaracterizado de imediato. (Precedentes) Recurso provido”<sup>172</sup>.*

No que se refere ao tipo subjetivo, convém salientar que as figuras constantes das alíneas “c” e “d” do § 1º, acima transcritas, exigem a presença dos elementos subjetivos do tipo – “em proveito próprio ou alheio” –, bem como o conhecimento, pelo sujeito ativo, da introdução clandestina ou da falsidade documental<sup>173</sup>. Exige-se, assim, o que a doutrina clássica chama de dolo específico, sendo necessária, também, a finalidade de exercício de atividade comercial ou industrial.

Ainda, no parágrafo segundo (§ 2º) do artigo 334<sup>174</sup>, verifica-se a ampliação do conceito de atividade comercial feita pelo legislador. Assim, para efeitos do artigo 334 do Código Penal, considera-se como atividade comercial não só aquela exercida pelo comerciante registrado e matriculado em estabelecimento apropriado, mas também a referente ao comércio irregular e clandestino. As expressões usadas pelo dispositivo – “comércio”, “exercido” – indicam que deve estar presente na conduta o requisito da habitualidade, não bastando uma ou mais vendas esporádicas.

Importante salientar, outrossim, a disposição do parágrafo 3º do tipo penal em análise, que dispõe a aplicação de pena em dobro caso o crime de contrabando ou descaminho seja praticado em transporte aéreo, uma vez que esse meio de transporte torna mais difícil a fiscalização das autoridades. A esse respeito, importante mencionar que parte da doutrina, corroborada pela jurisprudência, entende que esta figura agravada do § 3º deve ser reservada aos vôos clandestinos e não aos de carreira, eis que os vôos internacionais regulares utilizam-se de aeroportos dotados de perfeita fiscalização alfandegária.

<sup>172</sup> STJ, RESP 564.265, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.04, DJ 14.06.04, p. 270.

<sup>173</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.*, p. 486.

<sup>174</sup> § 2.º “Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências”.

Como aduz Cezar BITENCOURT, “os vãos regulares, de carreira, não são incluídos aqui, por serem objeto de fiscalização alfandegária permanente”<sup>175</sup>. No mesmo sentido, entendem os tribunais pátrios, conforme se depreende do seguinte acórdão do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi Relator o Des. Federal José Luiz B. Germano da Silva:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. INTRODUÇÃO IRREGULAR DE ARMAS. ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CRIME TENTADO. HIPÓTESE NÃO-CARACTERIZADA. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORANTE DO § 3º DO ARTIGO 334. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.*

*1. Regularmente aberto às partes o prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, não há falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa. A expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha não tem o condão de suspender a instrução criminal, podendo o feito ser inclusive sentenciado, findo o prazo marcado para o seu cumprimento.*

*2. Comprovada, pelos elementos constantes dos autos, a participação de todos os acusados na prática delituosa, imperiosa a manutenção do decreto condenatório.*

*3. Já tendo havido a liberação da mercadoria no momento da prisão em flagrante, não resta caracterizada a hipótese de delito tentado.*

*4. Penas privativas de liberdade fixadas em consonância com as circunstâncias do artigo 59 do Diploma Penal, mas redimensionadas no tocante ao aumento decorrente da continuidade delitiva, devido ao número de fatos comprovados.*

***5. Inaplicável a majorante prevista no § 3º do artigo 334 do Código Penal quando o transporte, apesar de efetuado por via aérea, se dá em voo regular, em circunstâncias que não tornam mais difícil a atuação da autoridade fiscal. Precedente desta Corte.***

*6. Sendo a pena privativa de liberdade superior a um ano, correta a sua substituição por duas penas restritivas de direito, e não por apenas uma, conforme o disposto no artigo 44, § 2º, do CP.*

*7. Apelos parcialmente providos. Punibilidade declarada extinta em decorrência da prescrição em relação a um dos fatos”<sup>176</sup>.*

Há, no entanto, quem discorde desta posição, salientando ser ela uma interpretação restritiva, que deixaria sem solução as facilidades de execução obtidas mesmo em linhas normais de vãos regulares, quando as mercadorias a serem contrabandeadas seriam introduzidas através de recipientes que facilmente passariam despercebidos pela fiscalização aduaneira. Tal opinião, contudo, é absolutamente pontual, não encontrando eco na maioria dos juristas nacionais, que preferem a posição enunciada por Francisco de Assis Toledo<sup>177</sup>:

<sup>175</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.*, p. 487.

<sup>176</sup> TRF-4ª Região, ACR 7836/RS, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva, j. 10.02.04, DJU 03.03.04, p. 519.

<sup>177</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 73-74.

A qualificadora do transporte aéreo só encontra justificativa na grande dificuldade de coibirem o contrabando e o descaminho realizados em vôos clandestinos, em geral com aparelhos de porte, de fácil manejo e que utilizem pistas disfarçadas situadas fora do alcance da fiscalização<sup>178</sup>.

Os delitos em estudo são admitidos apenas em sua modalidade dolosa, inexistindo em nosso ordenamento jurídico a tipificação de sua modalidade culposa, contrariamente ao que ocorre em algumas legislações estrangeiras<sup>179</sup>.

Relativamente à antijuridicidade, ou ilicitude, como melhor entendem alguns penalistas, cumpre referir que uma conduta será antijurídica e, portanto, ilícita, quando ela for contrária ao ordenamento jurídico. Não se pretende aqui, como se ressaltou, fazer um estudo sobre o conceito analítico de crime, de forma que, nesta singela análise da antijuridicidade, serão deixadas de lado as manifestações doutrinárias acerca da correta terminologia a ser empregada, bem assim se a expressão “antijuridicidade” é ou não equivocada com relação àquilo a que se propõe.

Um fato humano, nesse sentido, será ilícito sempre que se apresentar em oposição à ordem jurídica, estabelecendo com esta uma relação de contraposição. Como dispõe TOLEDO, “a ilicitude penal é, assim, a propriedade de certos comportamentos humanos, seja sob a forma de ação, seja sob a forma de omissão, de se oporem à ordem jurídica”<sup>180</sup>.

À esfera dos atos ilícitos, conforme ainda lição de TOLEDO, pertencem os comportamentos comissivos ou omissivos portadores de um conteúdo antagônico ao dever-ser da norma jurídica. “É como se o ordenamento jurídico, ao organizar a vida em sociedade, estabelecesse, para a proteção de bens jurídicos, inúmeras vias sinalizadas. A inobservância destas sinalizações pode dar nascimento àquela relação de antagonismo entre o comportamento violador e o comando normativo, caracterizando a ilicitude do fato”<sup>181</sup>.

A antijuridicidade é concebida na doutrina em seus aspectos formais e materiais. Formalmente, representa a contrariedade entre a ação e o ordenamento

<sup>178</sup> TOLEDO, F. de A. “Descaminho” in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.24, apud JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>179</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>180</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>181</sup> TOLEDO, F. de A. *Idem, ibidem*.

jurídico. Uma conduta é ilícita por violar uma norma jurídica. Para verificar a ilicitude formal, deve-se observar se a conduta desobedece à lei e se ela não está justificada por alguma das causas de exclusão de ilicitude, como legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal. A antijuridicidade material seria uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido. No ensinamento de Magalhães NORONHA, esta dá conteúdo à antijuridicidade formal, na medida em que orienta o legislador em consagrar na norma os bens jurídicos exigidos pela vida coletiva<sup>182</sup>.

A utilidade dessa divisão da antijuridicidade em formal e material é justificada pelo insigne penalista alemão ROXIN, ao afirmar que "o conteúdo material do injusto tem importância tanto para o tipo (como tipo ou classe de injusto) como para a antijuridicidade (a concreta afirmação ou negação do injusto). No aspecto valorativo do tipo de injusto material representa uma lesão de bens jurídicos que por regra geral é necessário combater com os meios do Direito Penal"<sup>183</sup>.

Dessa forma, também as condutas descritas no artigo 334 do Código Penal, para que consistam em crime, devem ser antijurídicas, mas não só em seu sentido formal, como também no sentido material, ou seja, deve afirmar concretamente o injusto. Assim, se a conduta, por si só, não ofende um bem jurídico que detenha importância para a vida em sociedade, ela pode consistir ilícitos em outras áreas do direito, mas não constituirá crime a ser tratado pelo direito penal.

Seguindo-se os ensinamentos de Claus ROXIN e entendendo que o conteúdo material do injusto penal também tem reflexos na tipicidade, a análise acerca deste tema, relativamente aos delitos de contrabando e descaminho, será feita de forma mais detalhadas no próximo capítulo, quando será abordado o princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade daqueles delitos.

Por fim, vale dizer da culpabilidade, o terceiro elemento do conceito analítico de crime. Tal elemento introduz, na idéia de crime, alguns elementos psíquicos ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição de

<sup>182</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v.1, p. 101.

<sup>183</sup> MOURA, Genney Randro Barros de. *Breves Anotações sobre o Princípio da Insignificância*. Disponível [site Instituto Praetorium](http://www.praetorium.com.br/index.php?section=artigos&id=27) (02 jun. 2003): <<http://www.praetorium.com.br/index.php?section=artigos&id=27>>.

aplicação da pena criminal<sup>184</sup>. A culpabilidade traz a idéia de reprovabilidade do ato, é, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, quando este é imputável, lhe é exigível o conhecimento acerca da ilicitude de sua conduta e, ainda, quando poderia ter agido de forma diversa.

Esse elemento, igualmente, para a caracterização dos crimes de contrabando e descaminho, deve se mostrar presente, de forma que, em não detendo o agente, por exemplo, conhecimento acerca de que o ingresso de determinada mercadoria em território nacional é proibido, e não lhe sendo possível possuir tal conhecimento, não pode sua conduta ser caracterizada como crime. Apenas ressalve-se aqui a hipótese anteriormente registrada em que, embora o agente desconheça a proibição de ingresso na mercadoria do país, se tinha por objetivo a ilusão do tributo respectivo devido, irá, inevitavelmente, incorrer nas sanções previstas no artigo 334 do Código Penal.

Ademais, merece registro a questão atinente à punibilidade. Como explica Rodrigo Sánchez RÍOS:

Na linguagem normativa, a realização de um fato anteriormente previsto na lei como delito acarreta em punibilidade da conduta praticada pelo autor, podendo a punibilidade ser vista sob dois ângulos: abstrato e concreto. Na sua veste abstrata a punibilidade reside na pretensão punitiva estatal (cominação da pena). E, em concreto, encontra seu lugar na aplicação efetiva da sentença penal. Em palavras simples, somente a consumação de um delito com posterior sentença condenatória transitada em julgado poderá auferir a veste concreta à punibilidade.

Tem-se entendido, desta forma, que o enfoque “abstrato” configuraria o momento normativo da punibilidade, e o “concreto”, o seu momento aplicativo. O primeiro refere-se, de fato, à existência de uma cominação de pena em abstrato, e o segundo está voltado à concreta e efetiva aplicação da sanção penal. O delito carece de existência sem o primeiro, mas mesmo quando se realiza a figura abstrata (normativa) pode não ser punido em concreto. A não efetivação do segundo momento deixa intacto o momento normativo da punibilidade<sup>185</sup>.

Nesses termos, ao se afirmar que um delito é punível, devem já estar caracterizadas todas as suas categorias – tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Como explicava FRAGOSO, citado por RÍOS, “a punibilidade não é característica geral do crime ou, se se quiser, elementos do crime, mas sua consequência. Porém, é indispensável à existência do delito. Pode haver crime que não seja eventualmente

<sup>184</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>185</sup> RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*, p. 24-25.

punido (morte do réu, prescrição, decadência etc.), mas não pode haver crime que não seja um fato punível”<sup>186</sup>.

Destarte, o estudo da punibilidade referentemente aos crimes de contrabando e descaminho, aquele em seu aspecto relativo, mostra-se importante em decorrência da possibilidade de os tributos devidos e que, em um primeiro momento, não foram pagos, serem pagos pelo agente posteriormente, constituindo, conforme se demonstrará no último capítulo desta dissertação, condição objetiva de punibilidade.

Analizados os elementos do crime, sem a pretensão, como se disse, de esgotar o tema, e transposta sua análise aos crimes de contrabando e descaminho, faz-se necessário, ainda, comentário acerca de outros aspectos daqueles delitos, como o momento consumativo, a possibilidade de tentativa e a definição do juiz natural para o julgamento da causa.

### **2.3 Consumação e Tentativa e a Definição da Competência para o Processamento e Julgamento dos Delitos**

Os fatos criminosos ora em estudo apresentam, como ressalta Márcia Dometila Lima de CARVALHO, uma casuística atípica e complexa, mostrando-se impossível qualquer generalização. Assim, “o fato apresenta-se contido em preceitos diversos, surgindo ora como crime permanente, ora como crime instantâneo; ora como crime material, ora, ainda, como delito meramente formal, omissivo ou comissivo, influenciando essa variedade evidentemente no seu momento consumativo”<sup>187</sup>.

Como os delitos envolvem duas sub-espécies, como se disse – importação e exportação –, é preciso definir-se o momento consumativo de cada uma dessas modalidades.

---

<sup>186</sup> RÍOS, R. S. *Das causas...*, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>187</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 14.



Nenhuma mercadoria pode ultrapassar as fronteiras sem passar pelos postos aduaneiros onde se cumprem ou se fiscalizam as obrigações pertinentes à espécie. Esses postos são chamados de “barreiras aduaneiras alfandegárias” e localizam-se na zona fiscal. Assim, no que concerne à consumação dos delitos, faz-se necessário que se diferencie a importação ou a exportação que se faz através da alfândega e aquela que não<sup>188</sup>.

No primeiro caso, a consumação se dá com a liberação da mercadoria. Assim, como ressalta JAPIASSÚ, “não há que se falar que já tenha ocorrido a entrada da mercadoria se ela ainda se encontra na posse e guarda das autoridades fazendárias. O crime, neste caso, consumir-se-á depois de ter sido a mercadoria liberada pela autoridade ou assim que transposta a zona fiscal”<sup>189</sup>. Pode-se dizer, assim, que, relativamente à consumação, tratando-se de um delito instantâneo e material, consuma-se ele quando o sujeito ativo frustra a atividade dos agentes fiscais, permitindo a entrada ou a saída de mercadoria proibida<sup>190</sup>.

Na segunda modalidade, que consiste na grande maioria dos casos verificados na prática e que configura o chamado “contrabando sigiloso ou oculto”, uma vez que se busca fazer a mercadoria proibida entrar ou sair do país por algum meio que não se utilize da alfândega, consumir-se-á o delito quando chegue a território nacional ou dele se afaste a mercadoria objeto de importação ou exportação<sup>191</sup>, ou seja, consuma-se o crime com a entrada ou saída da mercadoria do território nacional. Assim, na modalidade de exportação, o momento da consumação se dá quando a mercadoria ultrapassa a linha de fronteira para fora do território nacional. É imprescindível, de qualquer forma, que haja a ultrapassagem da linha da fronteira, evadindo-se da zona fiscal, eis que, enquanto o agente não cruzar a fronteira, o delito permanece em sua modalidade tentada. Na forma de importação, o delito consuma-se tão-logo a mercadoria se encontre em território nacional e, nesse caso, mesmo que ainda esteja nos limites da zona fiscal<sup>192</sup>.

<sup>188</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 67-68.

<sup>189</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 68.

<sup>190</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 69.

<sup>191</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 68.

<sup>192</sup> Por zona fiscal, o legislador entende a área que “limita-se nas fronteiras terrestres, no litoral ou nas margens dos rios, lagoas e águas interiores da República, a um quarto de légua em toda a sua extensão, menos a parte compreendida nos limites urbanos das cidades, vilas e povoações, e compreende as ilhas não habitadas” (Nova Consolidação das Leis de Alfândega, art. 632).

Tocante ao descaminho, contudo, cumpre ressaltar que a ilusão do pagamento dos tributos devidos em decorrência da exportação ou importação de mercadorias pode se dar de duas formas, o que também interfere em seu momento consumativo. A primeira delas é mediante a frustração das atividades dos agentes fiscais, permitindo-se, seja porque a mercadoria passa de forma disfarçada, seja porque contou com eventual auxílio daqueles, a entrada da mercadoria no país sem o recolhimento dos impostos devidos. A segunda consiste em evitar o exportador ou importador as barreiras alfandegárias, utilizando-se, por exemplo, de barcos ou aviões.

Pode-se concluir, portanto, que o delito é instantâneo e material. Embora a ação seja instantânea, contudo, seus efeitos são permanentes<sup>193</sup>. Afinal, o caráter de ilegalidade incidente sobre as mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas permanece mesmo após a consumação dos delitos, “tornando ilegítima a posse, abusiva a circulação, fraudulento o comércio”, o que não significa ser a própria ação criminosa que se prolongue no tempo, como aconteceria se a infração fosse permanente<sup>194</sup>.

Para Márcia de CARVALHO, consistem os tipos do *caput* do art. 334 em:

Crimes instantâneos, consumando-se quando o sujeito ativo frustra a atividade dos agentes fiscais – no caso do contrabando – impedindo que estes investiguem a viabilidade de saída ou entrada de mercadoria; no caso do descaminho, que eles verifiquem os direitos e impostos devidos pela exportação, consumo e importação. A ação exaure-se, portanto, num só momento, quando o sujeito ativo ultrapassa a linha de fronteira ou entra nos limites da zona fiscal com a mercadoria a ser contrabandeada ou descaminhada; os efeitos, porém, são permanentes<sup>195</sup>.

Aludidas conclusões podem ser aplicadas aos dispositivos do *caput* e do parágrafo 1º, alíneas *a* e *b*, do artigo 334 do Código Penal. No que concerne às letras *c* e *d* do § 1º desse dispositivo, verifica-se a descrição dos chamados crimes de ação múltipla ou conteúdo variado, prevendo a lei possibilidades diversas de conduta do agente, não desfazendo a unidade do crime a realização de mais de uma conduta descrita no tipo. E, dessa forma, “dependendo da conduta adotada pelo agente, os delitos ora analisados podem assumir natureza de instantâneos ou

<sup>193</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>194</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 15.

permanentes. Assim, a consumação da exposição à venda, do depósito, da ocultação, se protrai no tempo, enquanto a venda consuma-se em um só momento”<sup>196</sup>.

Entendendo serem os crimes de contrabando e descaminho instantâneos, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência nº 4.152-0/SP, em que foi relator o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, assim manifestou-se:

*“CONTRABANDO E DESCAMINHO. DELITOS QUE, NAS FIGURAS BÁSICAS, CONFIGURAM CRIME INSTANTÂNEO. SUFICIÊNCIA DO INGRESSO DA MERCADORIA PROIBIDA OU ILUSÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO PELA ENTRADA, SAÍDA OU CONSUMO. INTELIGÊNCIA DO ART. 334 DO CP. DECLARAÇÕES DE VOTOS VENCEDORES E VENCIDOS.*

*O art. 334 do CP encerra várias ações típicas. Diz-se – crime permanente – o delito cujo resultado persiste enquanto persistir a conduta. É o caso do seqüestro. Cessado o constrangimento, a vítima recupera incontinenti a liberdade. O crime instantâneo de efeito permanente – é diverso. Ocorrido o resultado, torna-se irreversível, ainda que esgotada a conduta delituosa. Ilustra-se com o homicídio. A vítima não recupera a vida. Nesse quadrante, inadequado generalizador que o contrabando e o descaminho sejam crimes permanentes. O contrabando e o descaminho, nas figuras básicas, configuram crime instantâneo. Basta o ingresso da mercadoria proibida ou iludir o pagamento do direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo. Não confundir com as formas assimiladas a contrabando e descaminho”<sup>197</sup>.*

Importante salientar, como chamou atenção o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro em trecho de seu voto no acórdão acima referido, que o crime permanente e o exaurimento do crime instantâneo não se confundem:

*“Na figura do contrabando, a apreensão da mercadoria alienígena além da área aduaneira, sujeita à fiscalização, não caracteriza a modalidade tentada do delito. O momento consumativo do crime, é o da chegada da mercadoria no território nacional, não sendo necessário que seja transportada ao local a que era destinada”<sup>198</sup>.*

*“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRABANDO.*

*1. Na figura do contrabando, a apreensão de mercadoria alienígena, desacompanhada de documentação legal, além da área aduaneira, já em território nacional, é o momento consumativo do crime, sendo desnecessário seu transporte ao local a que era destinada ou mesmo sua comercialização.*

<sup>195</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

<sup>196</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 16.

<sup>197</sup> STJ, CC 4.152-0-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17.06.93, DJU 04.10.93.

<sup>198</sup> TFR, Min. Fláquer Scartezini in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3.ed., p. 1.544, apud BUSSADA, Wilson. *Contrabando e Descaminho Interpretados pelos Tribunais*, p.97-98.

2. *Declaração de competência do Juízo Federal de Foz do Iguaçu – PR, o suscitante*<sup>199</sup>.

*“CONTRABANDO. MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO NO ATO DA CHEGADA DA MERCADORIA NO TERRITÓRIO NACIONAL. DESNECESSIDADE DO TRANSPORTE PARA O LOCAL A QUE ERA DESTINADA. PROCESSO E JULGAMENTO, PORTANTO, AFETO AO JUÍZO FEDERAL DAQUELE LOCAL ONDE INTERNADA A MERCADORIA. DECLARAÇÕES DE VOTOS VENCEDOR E VENCIDO.*

*O momento consumativo do crime de contrabando é o da chegada da mercadoria no território nacional, não sendo necessário que seja transportada ao local a que era destinada. Conflito conhecido e declarado competente o suscitante*<sup>200</sup>.

Em sentido contrário, o extinto Tribunal Federal de Recursos, talvez confundindo o momento consumativo dos delitos com a natureza de seus efeitos, classificou-os como crimes permanentes:

*“O crime de contrabando é de natureza permanente. A ação delituosa se inicia com a entrada da mercadoria no espaço fiscal brasileiro, sem comprovação do cumprimento das obrigações tributárias respectivas e vai até o lugar e a ocasião onde o infrator é colhido com os bens descaminhados*<sup>201</sup>.

A classificação dos delitos, distinguindo-se as diversas condutas delituosas trazidas pelo artigo 334, é fundamental para, dentre outras questões – como o decurso da prescrição, o concurso de agentes –, a definição do juiz natural para o processo e julgamento da causa.

A competência para o processamento e julgamento dos delitos previstos no artigo 334, *caput*, do Código Penal, é da Justiça Federal, tendo em vista a disposição do artigo 109, IV, da Constituição Federal.

Outrossim, tratando-se de delito instantâneo, sua competência deveria ser definida, a rigor, pelo local em que se der a entrada das mercadorias em território nacional, ou, no caso de exportação, de onde tiverem saído. Não obstante, faz-se oportuno considerar, como se referiu anteriormente, que tais delitos, ainda que sejam instantâneos, possuem efeitos permanentes, pelo que se tem entendido que sua consumação se protraí no tempo, até o ato de apreensão das mercadorias. Assim sendo, o Juízo competente para o julgamento da causa será aquele correspondente ao local da apreensão das mercadorias:

<sup>199</sup> STJ, CC 4.500-8, Rel. Min. Fláquer Scartezini, j. 17.06.93, RSTJ 54/26.

<sup>200</sup> STJ, CC 4.214-7, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 17.06.93, RT 706/368.

<sup>201</sup> TFR, REC., Rel. Otto Rocha, DJU 28.05.81, p. 4.993.

*“DESCAMINHO. JUÍZO DO LUGAR DA APREENSÃO DAS MERCADORIAS.*

*Embora seja o descaminho um crime instantâneo, que se consuma com o transcurso das mercadorias pela Zona Alfandegária, os seus efeitos se protraem no tempo e repercutem objetivamente no lugar da apreensão, circunstância que torna competente, por prevenção, o Juízo Federal com jurisdição no local em que foi realizada a busca dos bens. Exegese dos arts. 70 e 71 do Código de Processo Penal. Conflito conhecido. Competência do Juízo suscitado”<sup>202</sup>.*

*“PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. COMPETÊNCIA. LUGAR DE APREENSÃO DE MERCADORIA.*

*1. O Juízo Federal competente para o processo e julgamento dos crimes de contrabando ou descaminho é o do lugar da apreensão dos bens.*

*2. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, o suscitado”<sup>203</sup>.*

*“PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO.*

*1. Para fins de competência deve ser considerada a natureza permanente do delito. Enquanto não cessada a permanência delitiva o delito se protraí no tempo.*

*2. Competência que se define pela prevenção.*

*3. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo”<sup>204</sup>.*

Não obstante, no que diz respeito ao descaminho, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que sua consumação ocorre no local onde o imposto deveria ter sido pago, o que levaria à competência do Juiz Federal com jurisdição sobre aquele local<sup>205</sup>.

Corroborando tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência nº 14.433-PR, assim manifestou-se:

*“O descaminho (CP art. 334, caput) é crime instantâneo de efeito permanente. Não se confunde com o crime permanente. A consumação ocorre no local em que o tributo deveria ser pago. Pouco importa o local da apreensão da mercadoria”<sup>206</sup>.*

Da mesma forma, manifestou-se ao julgar o Conflito de Competência nº 14.470-PR:

*“A consumação (do descaminho) ocorre no local em que o tributo deveria ser pago. Pouco importa o local da apreensão da mercadoria. Orientação majoritária da E. 3ª Seção do STJ”<sup>207</sup>.*

<sup>202</sup> STJ, CC 14408-PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 26.09.95, DJ 23.10.95.

<sup>203</sup> STJ, CC 14707, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 12.02.96.

<sup>204</sup> STJ, CC 11236, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 29.05.95.

<sup>205</sup> Cf. STJ, CC 15.671-PR, 3ª Seção, DJU 03.06.96, p. 19.188.

<sup>206</sup> STJ, CC 14.433-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17.08.95, DJU 12.02.96.

<sup>207</sup> STJ, CC 14.470-PR, 3ª Seção, DJU 04.08.97, p. 34.650.

Com o fim de se evitar discussões a respeito, tendo em vista os inúmeros casos de conflitos de competência suscitados entre Juízos diversos, a questão restou, em 1996, sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça:

**Súmula 151** – “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens”<sup>208</sup>.

Assim, em que pese os entendimentos divergentes ainda verificados, é de se ressaltar que, atualmente, predomina o entendimento consolidado pela Súmula 151 do STJ, acima transcrita, definindo-se como competente, de qualquer forma, o Juízo do local da apreensão das mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas, conforme recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. COMPETÊNCIA. SÚMULA N.º 151 DO STJ.*

*1. No que diz respeito ao pedido de trancamento da ação penal, fundamentado na alegação de que o ora Paciente não teve qualquer participação nos delitos apontados na inicial acusatória, limitando-se apenas a preencher os documentos fornecidos pela Receita Federal, com base nas informações prestadas por seus clientes, verifica-se que tal questão não cabe ser analisada na via do writ, vez que dependente de ampla dilação probatória.*

*2. Tendo sido a mercadoria apreendida em local pertencente a jurisdição do Juízo Federal da Vara Criminal de Maringá/PR, a ele compete o processo e julgamento da ação penal, nos termos da Súmula n.º 151, do STJ.*

*3. Recurso desprovido”<sup>209</sup>.*

No que concerne à possibilidade de tentativa, tendo em vista que o contrabando e o descaminho consistem em um crime material, é plenamente admissível, uma vez que o *iter criminis* desses delitos é fracionável, consistindo eles em crimes de dano ou materiais. O que vai impedir, no caso, a consumação do delito, será a não-transposição da faixa de fronteira real, servindo esta praticamente como uma “divisória” entre o crime consumado e tentado<sup>210</sup>.

Por outro lado, distinguir-se, no que tange a esses delitos, os atos preparatórios dos executórios não se mostra tarefa fácil, principalmente no que tange à modalidade de exportação. Afinal, como sugere CARVALHO, é possível “a

<sup>208</sup> STJ, DJ 26.02.96, p. 4.192; RSTJ v.86, p.17, RT 724/579.

<sup>209</sup> STJ, RHC 12.460-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15.04.04, DJ 17.05.04, p. 240.

<sup>210</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 19.

tipificação da tentativa no transporte das mercadorias rumo às fronteiras, mesmo que não tenham alcançado, ainda, a clássica zona fiscal. Para tanto, basta que exista, inequívoca, a intenção do agente, naquele ato exterior, revelando o começo da execução”<sup>211</sup>.

Analisado o tipo penal insculpido no artigo 334 do Código Penal, bem como os seus aspectos principais, é importante fazer, também, uma análise empírica das condutas criminosas em estudo, avaliando suas características atuais e a forma como vem se dando a prevenção e a repressão a esse tipo de delito.

## **2.4 Estágio Atual da Prática do Contrabando e Descaminho no Brasil**

As condutas descritas e definidas como típicas no art. 334 de nosso Código Penal sempre foram objeto de reprimendas pelos mais diversos ordenamentos jurídicos e a sua tipificação remonta mesmo à antiguidade.

André CORVISIER, por exemplo, analisando o comércio de trigo na Europa medieval, destaca a severa vigilância que as autoridades municipais e senhoriais exerciam sobre ele. Segundo ele, citado por Márcia Dometila Lima de CARVALHO, Veneza chegou a possuir um “escritório do trigo” a fim de controlar as entradas do cereal, os mercados, os estoques. Quanto à exportação do trigo, era permitida apenas se a colheita excedida as necessidades locais, aplicando-se, nas fases de escassez, o racionamento, a taxaço mais onerosa e até mesmo a requisiço<sup>212</sup>.

No Brasil, a preocupação não poderia deixar de existir, remontando, inclusive, à época de seu “descobrimento”. No período colonial, por exemplo, particularmente antes da abertura dos portos ao comércio exterior em 1808, tudo que dissesse respeito à importação ou exportação de mercadorias achava-se

---

<sup>211</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

<sup>212</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 6.

condicionado à intermediação de Portugal, a quem, como metrópole, afirmando sua autoridade sobre a colônia, interessava obviamente o controle desse comércio<sup>213</sup>.

As atividades criminosas do contrabando e descaminho, portanto, sempre estiveram presentes, em maior ou menor grau, nas sociedades organizadas, apresentando-se no Brasil de forma contundente e peculiar, em decorrência da própria situação histórica e geográfica de nosso país. Como bem ressalta CARVALHO:

Desde a nossa formação econômica, o saque dos recursos naturais, a sabotagem aos meios de produção, a consciência nacional, longe de repudiá-las, mostra-se indiferente e, algumas vezes, até receptiva às ofensas dirigidas contra as normas reguladoras do comércio com o exterior. As nossas fronteiras, por seu turno, extensas e acidentadas, oferecem, ao tempo em que dificultam o policiamento, esconderijos e passagens ideais para os empresários e executores dos crimes em questão. O Brasil-Colônia assistiu ao saque do pau-brasil e depois do ouro; hoje são visados, além de minérios, produtos agrícolas, especificamente o café, burlando-se, ainda, quase impunemente, as medidas de proteção à indústria nacional<sup>214</sup>.

Atualmente, como grande centro das práticas de contrabando e descaminho em nosso país destaca-se a cidade de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, onde, em decorrência da tríplice fronteira (Brasil-Paraguai-Argentina) e da deficiência das fiscalizações nas alfândegas, o índice da prática dos delitos em estudo é extremamente alto.

Recentemente, vislumbrou-se, no que concerne à prática desses delitos na fronteira, uma modificação substancial no que concerne ao seu *modus operandi* e ao próprio objetivo almejado.

Durante muito tempo, os principais agentes praticantes das condutas correspondentes ao contrabando e descaminho consistiam em pessoas de baixa renda e, em sua maioria, desempregadas, que viam na aquisição de mercadorias no Paraguai e em sua posterior revenda um meio de subsistência. São os chamados sacoleiros que, atingidos pela precária situação sócio-econômica do país em que vivemos, desde sempre vislumbraram nesse “comércio informal” uma forma de obter um rendimento.

---

<sup>213</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem, ibidem*.

<sup>214</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 7-8.



Não obstante, atualmente, a situação que se verifica na fronteira é outra. O crime organizado assumiu o controle do contrabando e descaminho na fronteira entre o Brasil e o Paraguai. Segundo notícia recentemente publicada no periódico *Folha de São Paulo*, a movimentação de mercadorias na Ponte da Amizade, que divide o Brasil do Paraguai, é estimada em US\$ 1,5 bilhão (cerca de R\$ 4,1 bilhões) por ano, conforme pesquisas realizadas pela Receita Federal em Foz do Iguaçu, dados da Polícia Federal e da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres).

Conforme restou noticiado naquele veículo jornalístico, essa substituição do tradicional contrabando sacoleiro começou há cerca de dez anos, tendo se intensificado recentemente. É inegável que, hoje, o crime organizado predomina, substituindo-se a figura do sacoleiro pelo mercado “atacadista”. Conforme noticiou a *Folha de São Paulo* naquela edição:

Um dos indicativos dessa mudança do perfil do contrabando sacoleiro, feito por desempregados ou para complementar renda, para o crime organizado foi verificado pelo tipo de produto apreendido. Em relação a 2003, as apreensões de itens de informática cresceram 108%. De eletrônicos, 119%. A de brinquedos caiu 7%. O aumento na apreensão de drogas e munição em ônibus de sacoleiros é outro sinal. Só na operação Cataratas, iniciada neste mês, foram apreendidos 950 quilos de maconha até a última sexta-feira. As apreensões de maconha eram raras há cinco anos. Os ônibus trazem também dólares em espécie do Paraguai. Na última semana foram apreendidos US\$ 70 mil em um posto da Receita. Mas a organização dos sacoleiros nos ônibus, a formação de comboios para impedir a fiscalização e a reação violenta, como no dia 20, quando cinco ônibus foram incendiados e um comboio de 280 ônibus escapou do posto da Receita em Medianeira (650 km a oeste de Curitiba), são dados “mais concretos” da ação do crime organizado<sup>215</sup>.

A situação de Foz do Iguaçu, portanto, mostra-se, tocante à criminalidade em estudo, alarmante e, infelizmente, ao menos por ora, insolúvel, tendo em vista que a própria cidade tem como uma das principais fontes de subsistência essa espécie de criminalidade, eis que nas divisas daí provenientes está ancorada boa parte de sua economia – notadamente a ocupação de boa parte dos hotéis, utilização de táxis e vans que transportam as pessoas, comércio de alimentos e, principalmente, o fato de que se estima que há, na atualidade, cerca de sete mil brasileiros que residem em Foz do Iguaçu exercendo atividades laborativas no comércio de Ciudad Del Este, que é aquecido pelos sacoleiros e ‘laranjas’.

---

<sup>215</sup> MASCHIO, José. O Crime Organizado domina os Sacoleiros. *Folha de São Paulo*, 28 nov. 2004.

As causas do problema não estão apenas nas falhas da legislação ou nos obstáculos postos à sua aplicação, avançando, como coloca Márcia Dometila Lima de CARVALHO, à órbita da política e do Direito Internacional<sup>216</sup>.

Outras ‘portas de entrada’ do contrabando e do descaminho no país são, além da enorme fronteira seca nacional, muito pouco controlada em termos de alfândega, cujo exemplo mais emblemático é a citada Foz do Iguaçu, os portos e, em escala menor, aeroportos. Valendo-se de uma reduzida estrutura de fiscalização aduaneira, empresas declaram a importação de produtos em quantidade, qualidade e valores distintos daqueles efetivamente objeto de internação e, não raras vezes, obtêm êxito no desembaraço aduaneiro, reduzindo significativamente o recolhimento dos tributos incidentes nas operações. Isso porque, segundo estimativas da própria Receita Federal, cerca de 70% (setenta por cento) dos ‘contêiners’ que chegam em portos e aeroportos não são abertos e fisicamente verificados – sobre essa sistemática, importante examinar as particularidades do sistema Siscomex<sup>217</sup>.

De todo modo, tais dificuldades são constatadas na atualidade em escala internacional e o exame por amostragem das mercadorias importadas é a prática comum, sem, contudo, comprometer a eficiência dos sistemas de controle alfandegário.

Na realidade, há de se esclarecer que o fluxo de bens, produtos, serviços e capitais entre países com tal rapidez e em tal volume jamais foi imaginado historicamente por qualquer país e, nesse contexto, as dificuldades de exercício de controle completo são encaradas como consequência natural dessa quadra da história da humanidade.

Destarte, os crimes de contrabando e descaminho apresentam uma situação peculiar, eis que atingem dois extremos. Conforme abordamos nesta seção, boa parte das condutas delitivas praticadas foi apropriada pelo crime organizado, demandando um controle rígido e a efetiva aplicação da lei penal. De outro lado, no entanto, consoante será tratado no próximo capítulo, essas mesmas condutas, em determinadas situações, podem ser descaracterizadas, ante a ínfima lesão causada

---

<sup>216</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>217</sup> Para a obtenção de dados e maiores informações a respeito, vide o *site* <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>, em que se esclarecem as particularidades desse sistema.

ao bem jurídico tutelado, em virtude da aplicação do princípio da insignificância, ou pela inexistência do tributo em tese suprimido (no caso do descaminho), seja por seu pagamento, seja pelo reconhecimento de sua inexigibilidade.

A esse propósito, o Poder Judiciário Federal, competente para o processamento e julgamento das ações penais instauradas em decorrência da suposta prática dos crimes de contrabando e descaminho, vem reiteradamente, em função de tudo o quanto se considerou acima<sup>218</sup>, aplicando os ditames do princípio da insignificância em patamares cada vez mais elevados, objetivando, assim, equilibrar a delicada equação entre o rigor penal necessário para se evitar a sensação de impunidade e os efeitos sociais decorrentes da adoção de uma política, em uma situação dessas, de 'tolerância zero', cujas conseqüências no âmbito social poderiam ser ainda mais desastrosas naquela região.

Passemos, então, ao exame dos fatores descriminalizantes das condutas que formalmente se amoldariam à descrição dos tipos penais de contrabando e descaminho, mas que, ante a mínima lesão causada ao bem jurídico tutelado ou em virtude da ausência de uma condição objetiva de punibilidade, deixam de receber a reprimenda na esfera penal.

### **CAPÍTULO 3. HIPÓTESES DE DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS CORRESPONDENTES AOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO**

#### **3.1 O Princípio da Insignificância e sua Aplicação nos Crimes de Contrabando e Descaminho**

O Direito Penal moderno, conforme restou acentuado no início deste trabalho, não deve se ocupar de bagatelas, intervindo apenas quando realmente necessário, isto é, quando a conduta acarretar uma efetiva lesão ao bem jurídico

tutelado. Destarte, as condutas que impliquem uma lesão mínima, ínfima, devem ser consideradas atípicas, tendo em vista a aplicação do princípio da insignificância.

A contribuição do princípio da insignificância é indispensável ao processo de modernização por que passa o Direito Penal e à sua adequação à nova política criminal que se apresenta, face à rápida velocidade com a qual o mundo evolui. Aludido princípio vem atuar como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal e, conseqüentemente, de descriminalização judicial.

É, em geral, dirigido a todos os aplicadores do Direito, mais em particular ao juiz, e tem por objetivo desconsiderar a atuação do Direito Penal em casos de ínfima afetação do bem jurídico, nos quais é tão “insignificativo” o conteúdo do injusto que não subsiste razão para a aplicação da sanção penal.

O princípio da insignificância, dessa forma, pode ser aplicado aos delitos de contrabando e descaminho nas hipóteses em que não representarem uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado, tendo em vista o desvalor da ação praticada e do resultado causado.

Primeiramente, analisar-se-á a origem, o conceito e os fundamentos desse princípio. Após, expor-se-á a forma e os critérios que norteiam a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, ilustrando-se com posições da doutrina e da jurisprudência pátria.

### **3.1.1 Princípio da Insignificância: Construção Histórica, Conceito e Fundamentos**

Muito embora a origem do princípio, conforme se expôs acima<sup>219</sup>, seja atribuída a Claus ROXIN, muito antes de ser por ele proposta sua introdução no ordenamento jurídico, o princípio da insignificância já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas de delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Vide supra, capítulo 1, p. 11-16.

<sup>219</sup> Vide supra, p. 34-35.

<sup>220</sup> ACKEL FILHO, Diomar *apud* MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 56.

Outrossim, Franz von LISTZ<sup>221</sup>, em 1896, enfatizava que a legislação de seu tempo fazia um uso excessivo da arma da pena e indagava se não seria oportuno acolher, de novo, a máxima *minima non curat praetor*, a significar que um magistrado deve desprezar casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis.

Sua origem e evolução através dos tempos foram fortemente ligadas ao princípio da legalidade, passando por transformações que foram delineando seu conteúdo, de forma a limitar-se aos desígnios criminalizadores<sup>222</sup>.

A partir do movimento Iluminista, com a propagação do individualismo político e desenvolvimento do princípio da legalidade, vários autores jusnaturalistas e iluministas propuseram um estudo mais sistematizado do princípio da insignificância.

Cesare BECCARIA, com sua obra *Dei delitti e delle pene*, de 1764, argumentava ser o legislador o único agente capaz de estabelecer normas, por representar toda a sociedade unida por um contrato social e que, apenas estas leis, poderiam indicar as penas de cada delito. Quanto à medida dos delitos, Beccaria entendia que “a exata medida do crime é o prejuízo causado à sociedade”<sup>223</sup>.

O princípio da insignificância teve sua origem e evolução, portanto, vinculadas ao princípio da legalidade; porém, só teve sua origem fática, obtendo uma maior importância dentro do universo jurídico, a partir do século passado, na Europa, mais notadamente na Alemanha, como já anteriormente descrito (Claus Roxin), devido às crises sociais decorrentes das duas grandes guerras mundiais<sup>224</sup>. O excessivo desemprego e a falta de alimentos, dentre outros fatores, provocou uma

---

<sup>221</sup> LISTZ *apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 11.

<sup>222</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, p. 44.

<sup>223</sup> BECCARIA, Cesare *apud* LOPES, M. A. R. *Idem*, p. 46.

<sup>224</sup> Até pouco tempo, esse princípio não tinha o devido destaque na doutrina, não haviam sido apontados seu conceito, fundamentos, fins, alcance e importância, o que só recentemente vem ocorrendo com os trabalhos de muitos autores estrangeiros, incluindo o próprio Roxin, e outros como Eugênio Raul Zaffaroni, Torio Lopez e Helen Silving, e também de autores nacionais, que contribuíram para a inclusão da insignificância como autêntico princípio de Direito Penal, como Francisco de Assis Toledo, Carlos Vico Mañas, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Luiz Regis Prado e Odone Sanguiné, apenas para enumerar alguns.

irrupção de pequenos furtos, subtrações de mínima relevância, que receberam a denominação de “criminalidade de bagatela”<sup>225</sup>.

A dogmática jurídica não traz o conceito de “delito de bagatela”, tampouco há sua definição e aceitação formal em algum instrumento legislativo ordinário ou constitucional, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito<sup>226</sup>. É a interpretação doutrinária e jurisprudencial que tem permitido delimitar as condutas tidas como insignificantes, sob o condão de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário.

Sobre o princípio da insignificância, pondera Claus ROXIN:

*... fazem falta princípios como aquele introduzido por Welzel, da adequação social, que não é uma característica do tipo, mas sim um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal que acolhe também formas de condutas socialmente admissíveis. Assim também é o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir danos de pouca importância: maltrato não é qualquer tipo de dano de integridade corporal, mas somente uma relevante; análogamente desonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de uma certa importância, injuriosa numa forma delitiva é só a lesão grave à pretensão social de respeito. Como ‘força’ deve se considerar unicamente um obstáculo de certa importância. Igualmente também a ameaça deve ser ‘sensível’ para passar sob o umbro da criminalidade. Se com estas considerações se organizar de novo e conseqüentemente a instrumentação de nossa interpretação do tipo, se lograria, além de uma melhor interpretação, uma importante contribuição para reduzir a criminalidade em nosso país<sup>227</sup>.*

Permite este princípio, portanto, excluir desde logo os danos de pouca importância na maioria dos tipos penais, partindo-se da asserção de que uma conduta somente pode ser sancionada com uma pena quando resulta de todo

<sup>225</sup> LOPES, M. A. R. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>226</sup> LOPES, M. A. R. *Idem*, p. 48-49.

<sup>227</sup> “... hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como ‘fuerza’ debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia. Igualmente también la amenaza debe ser ‘sensibile’ para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país”. ROXIN, C. *Op. cit.*, p. 53 (trad. da autora).

incompatível com os pressupostos de uma vida pacífica, livre e materialmente assegurada<sup>228</sup>. Ora, “o moderno Direito Penal não se vincula a uma imoralidade da conduta, senão ao seu potencial de dano social”<sup>229</sup>.

Para ROXIN, no entanto, não se trata apenas de ter em conta pontos de vista político-criminais na aplicação da lei, mas é preciso compatibilizar a política criminal com a segurança jurídica que o sistema proporciona, evitando, assim, que a adoção de tal postura impeça o objetivo do pensamento sistemático, que é acabar com a arbitrariedade.

Destarte, o “princípio da bagatela”, como também é chamado, desperta, ainda hoje, uma série de dúvidas quanto ao seu conceito, sua classificação e o limite quantitativo para sua efetiva aplicação.

Na busca à resposta dessas dúvidas, Luiz FLÁVIO GOMES pondera, inicialmente, que um dos pontos de partida da teoria do controle social penal e da política criminal modernas consiste em tratar de modo diferenciado (relações estatais distintas) a criminalidade pequena ou média, de um lado, e a criminalidade de alta lesividade social, de outro. Ocorre que, entre nós, ainda não está devidamente delimitado o conceito de pequena ou média criminalidade, denominada criminalidade de bagatela<sup>230</sup>. Para o autor, bagatela significa ninharia, algo de pouca ou nenhuma importância ou significância<sup>231</sup>.

Francisco de Assis TOLEDO foi o primeiro doutrinador brasileiro a se referir ao alcance do princípio da insignificância. Para ele, esse princípio, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, faz com que o direito penal, por sua

<sup>228</sup> ROXIN, C. *Idem, ibidem*.

<sup>229</sup> REBÊLO, J. H. G. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>230</sup> Alguns autores chegaram a entender que o conceito de pequena ou média criminalidade, que restaria abrangido pelo princípio da insignificância, aproximar-se-ia do conceito de “infrações de menor potencial ofensivo”, previsto na Constituição brasileira de 1988, em seu art. 98, I. Tal artigo, no entanto, embora se destine a regular o processo e o julgamento de ofensas menores, não impede a consideração da insignificância penal do fato. A respeito, interessante a crítica formulada por Thales Tácito Pontes Luz de Pádua CERQUEIRA, em que afirma que “percebendo que havia um campo cinzento na Lei dos Juizados Especiais, em que não seria aplicável referido princípio a uma camada miserável e abandonada; percebendo que leis casuísticas eram criadas para dar ‘tratamento vitalício’ a uma elite que comete crimes (Lei nº 10.628/03) e considerando que na prática processual existe uma forte desigualdade jurídica entre réus, ditada pelo poder econômico, convenci-me da aplicação do princípio da insignificância, independentemente das benesses criadas pela Lei nº 9.099/95 c/c 10.259/01”. O Princípio da Insignificância ou Bagatela – Conceito, Classificação Hodierna e Limites. *Revista Consulex*, n. 186, p. 59.

natureza fragmentária, só vá até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico – não deve ocupar-se de bagatelas<sup>232</sup>.

O princípio da insignificância encontra seu correlato na doutrina italiana sob a formulação da concepção realística do crime, expressa na exigência da necessária “ofensividade” do delito<sup>233</sup>. Parte ela da observação de que os conceitos de bem jurídico e de evento típico devem ser repensados, para que a “ofensa ao interesse tutelado pela norma” seja elevada a requisito autônomo do tipo (princípio da ofensividade)<sup>234</sup>. Segundo tal concepção, não configura crime a conduta que se revela inofensiva e, portanto, inidônea para lesionar o interesse protegido, não obstante formalmente típica<sup>235</sup>.

Com efeito, procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material, de forma que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável<sup>236</sup>.

Como escreveu o professor Luiz Alberto MACHADO, “o tipo, por seu lado, é o fato depurado, coado, selecionado nas suas últimas e relevantes conseqüências” e “o fato tem extrema relevância jurídico-criminal: é o pedaço da realidade que possibilita a valoração político-criminal (pré-legislativa) e jurídico-penal (normativa). Fundamenta o tipo por sua carga de tipicidade (= adequação ao tipo). Justifica a imposição da resposta penal pelo variado colorido dos acontecimentos e da circunstância que carrega (cf. art. 59)”<sup>237</sup>.

Assim, se o fenômeno da subsunção estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para a afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal. Como acrescenta Francisco de Assis TOLEDO, será preciso algo mais:

---

<sup>231</sup> GOMES, Luiz Flávio *apud* LOPES, M. A. R. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>232</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>233</sup> SANGUINÉ, O. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>234</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>235</sup> SANGUINÉ, O. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>236</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 53.



Na construção originária de Beling (1906), o tipo tinha uma significação puramente formal, meramente seletiva, não implicando, ainda, um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser *típica*, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável<sup>238</sup>.

Complementa, ainda, MAÑAS, salientando que “o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo”<sup>239</sup>.

Portanto, aquela conduta socialmente adequada ou mesmo insignificante pode ser alcançada pelo tipo legal de crime. Nesse caso, conforme lembra TOLEDO, não se pode exigir do agente que, para sua conduta não configurar um delito, “se defenda utilizando-se de alguma causa de justificação ou de exclusão da culpabilidade”, o que significaria permitir que “o cidadão, que age dentro dos padrões dominantes na sociedade em que vive, deva prestar contas, isto é, deva justificar-se a respeito de um comportamento aceito, normal, praticado pela generalidade das pessoas ou, em certos casos, até necessário para o bom desenvolvimento das relações sociais”<sup>240</sup>.

Decorre, pois, o princípio da insignificância, da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal. No exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a idéia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: parte geral*, p.51.

<sup>238</sup> TOLEDO, F. de A. *O Erro no Direito Penal*, apud TOLEDO, *Op. cit.*, p. 130-131.

<sup>239</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>240</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>241</sup> LOPES, M. A. R. *Op. cit.*, p. 37-38.

Assim, em decorrência da exigência da composição do tipo penal não só por aspectos formais, mas também e, essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente, é que aparece o princípio da insignificância<sup>242</sup>.

Afinal, o processo de tipificação, embora procure atingir um número limitado de situações, em sendo abstrato, mostra-se defeituoso por não conseguir reduzir em fórmulas estanques a enorme e variada quantidade de atos humanos, possibilitando, assim, que sua previsão legal tenha extensão maior do que a desejada, alcançando o que Engisch chama de “casos anormais”. Ou seja, acaba por considerar como formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal<sup>243</sup>.

Como ressalta Carlos Vico MAÑAS, “ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social”, não dispondo dos meios necessários para evitar que também sejam alcançados os casos leves. Nesse contexto:

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal<sup>244</sup>.

Assim, não basta que a conduta humana esteja descrita formalmente na lei, tem-se que visualizar “algo mais”: se esse comportamento humano foi, verdadeiramente, lesivo a bens jurídicos, moral ou patrimonialmente. Com isso, as condutas humanas que não lesem a vida em sociedade por serem ínfimas e insignificantes, não merecem qualquer apreciação da função judiciária, devendo-se considerá-las como condutas atípicas<sup>245</sup>.

Verifica-se, destarte, que existe uma valoração no comportamento praticado pelo “pseudo-criminoso”, devendo-se policiar não só sua conduta, mas

<sup>242</sup> LOPES, M. A. R. *Idem, ibidem*.

<sup>243</sup> SANGUINÉ, O. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>244</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>245</sup> MAGALHÃES, J. de L. *Op. cit.*, p. 2.

atentar-se ao efetivo prejuízo por ela causado. Isso é a aplicação da concepção material da tipicidade<sup>246</sup>.

Carlos Vico MAÑAS conclui, assim, que o princípio da insignificância é “um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”<sup>247</sup>.

Para Diomar ACKEL FILHO, é “aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal”. Ajusta-se, dessa forma, conforme ainda ACKEL FILHO, à equidade e à correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não se pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e se conduzir a graves injustiças<sup>248</sup>.

ZAFFARONI e PIERANGELI, por sua vez, entendem também que a insignificância da afetação de bens jurídicos exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida mediante consideração conglobada da norma: “toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos)”. A insignificância, segundo eles, só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular. O princípio da insignificância para eles, portanto, seria causa de atipicidade conglobante<sup>249</sup>.

<sup>246</sup> MAGALHÃES, J. de L. *Idem, ibidem*.

<sup>247</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>248</sup> ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal, in: *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, p. 73-74.

<sup>249</sup> ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. *Op. cit.*, p. 562.

Sendo assim, pode-se concluir que a conduta, o comportamento humano, para ser crime, precisa ser típico, ajustando-se formalmente a um tipo legal de delito, afinal *nullum crimen sine lege*; mas, também, ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável<sup>250</sup>. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso, pois, considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade<sup>251</sup>. A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal<sup>252</sup>, ou seja, a ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal.

A partir daí, para se evitar uma resposta penal aos chamados “casos leves”, o princípio da insignificância se impõe como elemento de descriminalização e de interpretação restritiva do tipo penal, adequando a norma aos princípios básicos do Direito Penal<sup>253</sup>.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua CERQUEIRA, a partir dessas considerações, classifica, seguindo ensinamentos de Luiz Flávio GOMES, o princípio da insignificância em próprio e impróprio. Aquele é aplicado na hipótese de não haver uma efetiva ofensa à objetividade jurídica do crime; o princípio bagatelar impróprio, por seu turno, aplica-se quando, apesar de haver ofensa real a bem

<sup>250</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>251</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>252</sup> MAÑAS, C. V. *Idem*, p. 54.

<sup>253</sup> Contrariando essa orientação, Alberto SILVA FRANCO vincula o princípio da insignificância à antijuridicidade material, por força de várias considerações, dentre as quais aquelas de ordem constitucional e dogmática (FRANCO, Alberto Silva *apud* LOPES, M. A. R. *Op. cit.*, p. 48-49). No entanto, conforme vimos, o princípio tem a ver com a gradação qualificativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal, o que não o impede de receber o tratamento adequado, caso necessário, como ilícito civil, administrativo, etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais (TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 134), respeitando-se o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, nos termos dos princípios anteriormente especificados. Destarte, deve-se ter sempre em mente que uma conduta atípica não é sinônimo de uma conduta permitida.

jurídico tutelado, o fato torna-se um irrelevante penal em virtude do princípio da necessidade da pena<sup>254</sup>.

O princípio da insignificância próprio, para ser aplicado, depende da ausência dos seguintes requisitos: relevância da ação (imputação objetiva da conduta); resultado jurídico penalmente relevante; e relevância do resultado (imputação objetiva do resultado). Segundo a teoria da imputação objetiva da conduta, o sujeito somente responde penalmente se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e não-permitido ou não-tolerado, não respondendo quando o risco proibido criado é insignificante, ou seja, a conduta em si é insignificante.

Ademais, para ser possível a incidência do princípio, é preciso que o resultado seja irrelevante, bem assim autorizado ou determinado pelo ordenamento jurídico. Nesse aspecto, para a aferição da relevância ou não do resultado provocado, aplica-se o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, de forma que se mostra necessária a análise de cada caso concreto e a repercussão econômica para cada vítima<sup>255</sup>.

Finalmente, há de se considerar a imputação objetiva do resultado, ou seja, o sujeito apenas responde pelos riscos por ele criados ou incrementados, devendo igualmente incidir o princípio caso não tenha sido ele o responsável pela causa do risco<sup>256</sup>.

Tocante ao princípio da insignificância “impróprio”<sup>257</sup>, serve ele para limitar a injusta intervenção do Estado na dignidade da pessoa humana, visando unicamente a diminuição dos índices de reincidência penal e valorização da dignidade da pessoa humana, como um instrumento eficaz de prevenção especial, uma vez que a pena em si não permite isto, em face de nossas realidades prisionais<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Op. cit.*, p. 60-61.

<sup>255</sup> CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. *Idem*, p. 60.

<sup>256</sup> CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. *Idem*, *ibidem*.

<sup>257</sup> Segundo CERQUEIRA, teria sido ele introduzido no Brasil por Luiz Flávio Gomes, na obra *Direito Penal*, v.2, RT, SP, 2004, no prelo, referido em “avant-première” em seu artigo.

<sup>258</sup> CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. *Op. cit.*, p. 61. Ainda segundo CERQUEIRA, *op. cit.*, “podemos afirmar que o objetivo do princípio bagatela impróprio é a restrição da aplicação da pena privativa de liberdade, respeitando o binômio delimitador necessidade-suficiência, sem que com isso haja uma ofensa social, ou seja, o crime existiu, o bem jurídico foi atingido (o que o difere do bagatela próprio), porém, a necessidade da pena, pelas circunstâncias pessoais e concretas do agente (jovem, cumpriu

No que concerne à importância do princípio da insignificância, importante salientar, uma vez mais, as lições de ACKEL FILHO, que nos lembra a seriedade da função jurisdicional, como atividade através da qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, realizando o direito objetivo. Atividade-poder, de tal magnitude, implicando em ato de soberania do próprio Estado, não deve deter-se, de qualquer forma, para considerar bagatelas irrelevantes, de modo a vulnerar os valores tutelados pela norma penal<sup>259</sup>.

Destaca-se, também, pelo fato de servir como um instrumento de limitação da abrangência do tipo penal às condutas realmente nocivas à sociedade, resguardando, assim, o ideal de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime.

Nesse sentido, assevera Carlos Vico MAÑAS que “a adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis”<sup>260</sup>.

Dessa forma, vislumbra-se também na prática a importância desse princípio, uma vez que, por sua aplicação, se poderá retirar do âmbito do direito penal ações cujo conteúdo revela-se ínfimo para a atuação da Justiça Penal, não justificando sua mobilização. Evita-se, assim, a saturação de seus órgãos, retirando-se os inúmeros processos que poderiam ser resolvidos de outra forma. Outrossim, preserva-se, em decorrência de um Direito Penal de intervenção mínima, o interesse do cidadão, dando-lhe adequada resposta à conduta por ele praticada.

### **3.1.2 Critérios para a Determinação da Incidência do Princípio nos Crimes de Contrabando e Descaminho**

---

6 meses, o roubo se deu mediante ameaça, sem emprego de arma, arrependeu-se e confessou), além da suficiência (atingiu o Direito Penal, com a prisão provisória, o estágio punitivo-social, caráter retributivo da pena), demonstram uma delimitação para aplicação do princípio” (p. 61).

<sup>259</sup> ACKEL FILHO, D. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>260</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 58.

O princípio da insignificância, para ser aplicado, deve obedecer a determinados critérios, pautando-se, basicamente, conforme se expôs, pelo desvalor da ação e do resultado. Sob esse aspecto, em muitas situações da vida cotidiana, condutas que, formalmente se adequariam aos diversos tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico, deixam de ter relevância penal.

Hodiernamente, dois dos tipos penais sobre os quais mais incidem o princípio em questão são aqueles objetos deste estudo, configurados no artigo 334 do Código Penal, eis que, em muitos dos casos, o valor devido em decorrência do imposto iludido quando da entrada ou saída de mercadorias do país ou a lesão causada em decorrência da entrada ou saída de mercadoria proibida é de tal forma mínimo que, em decorrência da irrelevância do resultado causado, as condutas que, em tese, caracterizariam os crimes de contrabando e descaminho, devem ser consideradas atípicas.

Destarte, os crimes de contrabando e descaminho, em que pese sua qualificação penal, muitas vezes não afetam a sociedade de modo a conduzi-la a certa indignação e de nela despertar o interesse em buscar a tutela jurisdicional na seara penal. Quando o risco provocado é tolerado (ou aceito amplamente pela comunidade), não há imputação objetiva e, por consequência, a conduta não pode ser considerada típica.

Já no século XVIII, BECCARIA deixou claro em sua obra o desinteresse da sociedade para com esses crimes:

O contrabando é um crime real, que produz ofensa ao soberano e à nação, porém cujo castigo não deveria ser infamante, pois a opinião pública não liga qualquer infâmia a esse tipo de crime". E, mais ainda, questionando a ausência desse interesse, o fato de o crime não trazer a infâmia da sociedade sobre aquele que o pratica, responde: "É que os crimes que os homens não têm como nocivos aos seus interesses não afetam o suficiente para provocar a indignação do povo. Assim é o contrabando"<sup>261</sup>.

Para esse autor, ainda, "o confisco das mercadorias que são proibidas, e até de tudo quanto se encontre apreendido como objeto de contrabando, é uma penalidade muito justa"<sup>262</sup>. Em que pese considerar ele que o culpado não deve ficar sem punição penal, prevê que a prisão (pena) não deve ser a

---

<sup>261</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 73.

mesma, variando conforme o tamanho do prejuízo; e, além disso, essa sua argumentação em prol da penalização é resultado dos ditames da época, cuja necessidade de “prisão” e “escravidão” eram fundamentais ao conceito que se tinha de Direito Penal<sup>263</sup>.

A aceitação dos delitos econômicos – entre os quais sobressaem-se o contrabando e o descaminho – pela sociedade é de forma tal que CARRARA também chegou a comentar:

É uma profunda observação, plena de verdade, a que nos deu Buckle, no seu magnífico livro intitulado ‘História da Civilização na Inglaterra’, que o contrabando foi um dos grandes benfeitores da humanidade. Os legisladores, orientados no estulto sistema do protecionismo, multiplicaram leis sobre leis, no intento de favorecer o comércio e as indústrias, e não se aperceberam que esta intrusão governativa matava indústria e comércio. E a teriam morto sem dúvida se o contrabando não aplicasse os seus mil braços para reparar os danos que eram conseqüências inevitáveis daquelas leis...<sup>264</sup>.

Na atualidade, transcreve esta idéia Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, para quem “salta aos olhos” o fato de “esta categoria de ilícitos” não ser “objeto de alto grau de reprovabilidade moral e jurídica pela consciência popular”. Complementa ainda que “existe uma verdadeira indiferença ou quase aprovação, que se originou, provavelmente, pela revolta do povo contra os privilégios reais”<sup>265</sup>.

FERRARA atribui ao contrabando uma índole providencial, a eficácia de uma espécie de antídoto contra os impostos mal organizados; e o considera *una protesta perenne dell’interesse sociale contro l’egoisme monopolizzatore*<sup>266</sup>.

É, pois, seguindo estes entendimentos, que as populações dos quatro cantos do mundo têm dificuldade em considerar o contrabando falta grave, atribuindo maior gravidade àqueles delitos cometidos contra o indivíduo e contra a propriedade privada<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> BECCARIA, C. *Idem*, p. 74.

<sup>263</sup> Na verdade Beccaria inaugura a prisão como pena típica do direito penal, com caráter correccional e, na época, a mais típica era a de morte ou, no mínimo, a de prisão. No entanto, essas penas tinham por fundamento apenas o isolamento do réu, eis que não se concebia, àquela época, que ele voltaria ao convívio social, após o cumprimento de sua pena.

<sup>264</sup> CARRARA, Francesco *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 18-19.

<sup>265</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 18.

<sup>266</sup> FERRARA *apud* JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem*, p. 19. Para Ferrara, portanto, é o contrabando “um protesto perene do interesse social contra o egoísmo monopolizador”.

<sup>267</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Idem, ibidem*.



Além disso, a fraude fiscal inerente ao descaminho decorre da influência sócio-política e econômica de nosso País. Essa conduta, qualificada como “descaminho”, tomando-se em conta a quantidade e o valor das mercadorias desviadas, apresenta-se como típica dos chamados “sacoleiros”, aceita pela sociedade em geral, já acostumada ao convívio com as bancas de mercadorias estrangeiras em feiras, ruas e pequenos comércios existentes nas cidades, o que faz surgir o indicativo de que não mais merece a repulsa própria dos crimes, vez que a mesma sociedade, razão de ser da norma penal, já a considera penalmente insignificante<sup>268</sup>.

Acontece que esse comércio, chamado de “economia informal” por alguns, é razão direta do flagrante índice de desemprego que assola o País, servindo para minimizar a notória crítica situação financeira de considerável parcela da população que, dessa forma, encontra o meio de sustento e subsistência da própria família.

Além do desvalor da ação, se o resultado causado pela conduta formalmente descrita no artigo 334 do Código Penal – a supressão de um determinado valor devido como tributo – não afetar significativamente a Administração Pública, a qual entendeu, em algumas situações, por não ajuizar execuções fiscais de débitos inferiores a um determinado patamar, também não há que se falar em resultado jurídico penalmente relevante e, conseqüentemente, em tipicidade.

A objetividade jurídica do crime de descaminho é a proteção do interesse arrecadador do Estado, ou seja, o imposto devido decorrente da introdução de mercadoria estrangeira do País ou da saída de mercadorias. Segundo MIRABETE, “o objeto jurídico do crime é o erário público, prejudicado pela evasão de renda que resulta do descaminho”<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Importante salientar que não se está aqui a aceitar o afastamento do Direito Penal em todas as situações caracterizadoras dos crimes de contrabando e descaminho. Conforme se expôs no Capítulo 2, p. 72-76, atualmente, as modalidades criminosas de contrabando e descaminho apresentam-se de forma sofisticada e organizada, não devendo incidir, nesses casos, o princípio da insignificância, até porque não se perfazem os requisitos exigidos à sua aplicação. Estamos nos referindo, aqui, àquelas condutas ainda desprovidas do viés criminoso, que não vêem o crime como forma de auferir lucro e vantagem, mas, tão-somente, como o único meio de subsistência.

<sup>269</sup> MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*, v.III, 19.ed., p. 385.

Nesses termos, para a valoração do resultado é imprescindível aferir-se o montante exato devido ao Fisco, analisando-se a alíquota incidente no caso concreto.

Dessa forma, ainda que a conduta perpetrada por um determinado sujeito amolde-se formalmente à descrição contida no artigo 334 do Código Penal, não será materialmente típica nos casos em que a incidência da alíquota corresponda a um valor mínimo iludido, eis que, nesse caso, o dano social é irrelevante, não justificando a incidência do Direito Penal.

Vislumbra-se, assim, a forma como pode incidir o princípio da insignificância nos crimes de descaminho, eis que, além de a conduta ser, em determinadas situações, socialmente tolerada, também não atingirá de forma efetiva e significativa o bem jurídico tutelado quando o valor do tributo iludido for mínimo.

Para se definir o *quantum* a que corresponde esse valor ínfimo, insignificante, no caso dos crimes de descaminho, deve-se aplicar critérios lógicos, tomando-se por analogia aquele valor estipulado pelo legislador pátrio como patamar máximo à não-constituição de créditos tributários e ao ajuizamento das respectivas execuções fiscais.

Na avaliação dessa quantia, portanto, os juízes nacionais têm-se amparado em normas extrapenais, tais como a Lei nº 9.469/97, que estabelece o valor mínimo da propositura da execução fiscal em R\$ 1.000,00 (mil reais); na Medida Provisória nº 1.973/63, que expõe o valor que a Fazenda Nacional desconsidera para inscrever os débitos em dívida ativa em valores até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); e na Portaria nº 4.910 do Ministério da Previdência, que prevê o não-ajuizamento das suas execuções quando o valor da dívida não ultrapassar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)<sup>270</sup>, apenas para citar alguns.

Nesses termos, se, administrativamente, não existe interesse, por parte do Estado, Administração Pública, em arrecadar o valor correspondente ao tributo devido, menos interesse haverá em seu punir penalmente o agente pela prática de tal conduta, considerando-se um Direito Penal fragmentário e subsidiário,

---

<sup>270</sup> CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. *Op. cit.*, p. 60.

como *ultima ratio*, que apenas deve intervir quando as outras esferas não forem suficientes à reprimenda exigida.

O art. 65, parágrafo único, da Lei n.º 7.799 de 10 de julho de 1989, estabeleceu a competência do Ministro da Fazenda para dispensar a constituição de créditos tributários, sua inscrição ou ajuizamento, observados os critérios de custos de administração e cobrança. Usando dessa competência legal, foi editada a Portaria n.º 289, de 31.10.1997<sup>271</sup>, na qual o Ministro de Estado da Fazenda resolveu:

*“Art. 1º. Autorizar: I – a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais)...”.*

A União, nos termos do artigo citado, portanto, apenas executava as dívidas superiores a R\$ 1.000,00 (mil reais), de forma que, se o valor a ser pago a título de tributo pela importação da mercadoria não excedesse tal valor, não seria alvo de cobrança judicial pela União.

Aludida Portaria tomou por parâmetro uma medida provisória que estava em vigor à época (nº. 1542), originária da Medida Provisória nº. 1110, editada em 30.08.95 e, posteriormente, sucessivamente revogada e reeditada por várias outras medidas provisórias. Aquela medida provisória previa em seu artigo 20, justamente, a não-inscrição em dívida ativa da União de débitos inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais).

Outra medida provisória também influenciou o estabelecimento daquele patamar – Medida Provisória nº 1.561-6, de 12 de junho de 1997 –, tendo sido convertida na Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997<sup>272</sup>, que, em seu artigo 1º, assim dispõe:

*“O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização*

<sup>271</sup> Publicada no DOU de 04/11/1997, pág. 24915, “estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União, e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”.

<sup>272</sup> A Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, “regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei n.º 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei n.º 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências”.

*de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas” (grifo nosso).*

A partir daí, o julgador passou a ter um instrumento legal, embora extrapenal, para fixar a irrelevância do resultado provocado pela conduta ilícita. Se o tributo devido pela importação, geralmente, equivale a 50% (cinquenta por cento) do valor da mercadoria, depois de descontada a cota isenta de US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares norte-americanos), tendo em vista que a própria Fazenda entendia que o valor de tributo inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais) não deveria ser inscrito em dívida ativa, no caso de importação de mercadorias em valor de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais) – o que resultaria, ante a incidência tributária anteriormente referida, em um tributo devido não superior a R\$ 1.000,00 (mil reais) – deve ser aplicado, na esfera criminal, esse mesmo tratamento, devendo ser considerada ínfima a afetação causada ao bem jurídico, sendo cabível, assim, o princípio da insignificância penal da conduta.

Começaram, então, a se manifestar os tribunais pátrios, entendendo não se perfazer o tipo material da conduta descrita no artigo 334 quando o tributo em tese iludido não ultrapassasse R\$ 1.000,00 (um mil reais). Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

*“RECURSO ESPECIAL.PENAL. DESCAMINHO (ART.334, caput, segunda figura, do Código Penal). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU.*

*Se o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) – mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal, nos termos da Lei 9.469/97, art. 1º; e MP 1.542-28/97, art. 20 – torna-se forçoso reconhecer insignificante a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Precedentes.*

*Recurso especial conhecido, mas desprovido<sup>273</sup>*

Igualmente, manifestaram-se os Tribunais Regionais Federais, como se pode ver no seguinte acórdão do TRF da 4ª Região:

*“DIREITO PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO CABÍVEL.*

<sup>273</sup> STJ, RESP 236.702, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 21.08.01, DJ 22.10.01, p. 345.

*1. O princípio da insignificância jurídica é aquele que permite afirmar a tipicidade dos fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações falta juízo de censura penal.*

*2. Se o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos não ultrapassa mil reais (R\$ 1.000,00) correta a decisão do primeiro grau que rejeitou a denúncia pela aplicação do princípio da insignificância jurídica, em analogia à legislação cível. Precedentes desta Corte<sup>274</sup>.*

No voto proferido pelo Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, na Apelação Criminal n.º 1999.04.01.003389-7/RS, naquele mesmo Tribunal, vem a indicação pontual do instrumento legal que serviu como parâmetro à fixação do resultado irrelevante - a Lei n.º 9.469 de 10.07.97:

*“(...) A Lei 9.469, de 10.07.97, no art. 1º, estabeleceu que o Advogado Geral da União poderá autorizar a não propositura de créditos atualizados de valor inferior a R\$ 1.000,00. É público e notório que a União não vem executando dívidas até referido valor. Se é assim, que sentido teria processar e condenar alguém cuja dívida o Estado não tem interesse em cobrar? É dizer, se o próprio Estado não tem interesse em cobrança, muito menos terá na ação penal.*

*O valor que cada particular pode trazer do Paraguai, isento de tributos, é US\$ 150,00. Se quiser trazer a mais, pagará imposto de importação na base de 50% do excesso. Portanto, se trouxer mercadorias no valor de R\$ 2.150,00, pagará uma multa de R\$ 1.000,00. (...)”<sup>275</sup>.*

Verifica-se, assim, que o valor irrisório do tributo devido em decorrência da exportação ou importação de mercadoria, objeto do delito tipificado no art. 334 do Código Penal, pode ser estabelecido a partir da quantia mínima exigida pela União para sua cobrança judicial. Os casos acima citados tomaram por base, primordialmente, a Lei n.º 9.469/97, a qual, conforme vimos, dispunha em seu artigo 1º que a Fazenda Nacional não executaria a dívida ativa sendo essa inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais). Dessa forma, se o Estado não tem interesse na cobrança do crédito, com maior razão não pode ter na imputação criminal, levando tal fato à conclusão de ser a conduta penalmente insignificante.

É de se considerar que, nesse caso, o Estado está, em tese, renunciando a créditos tributários de valores inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais), tomando-os como insignificantes para não movimentar as máquinas administrativa e judiciária, de modo que não justifica o sujeito ser processado criminalmente por

<sup>274</sup> TRF-4.ª Região, Recurso Criminal n.º 1999.04.01.021570-7 / PR, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Vilson Darós, DJU n. 143, de 28.07.1999, p. 200.

descaminho ou contrabando – o que seria, para dizer o mínimo, constrangedor –, quando o valor do tributo devido pela importação das mercadorias não ultrapassar tal montante, em que pese não se vislumbrar finalidade precipuamente arrecadatória com os impostos incidentes sobre a importação. Esse o entendimento firmado pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cabendo citação o seguinte acórdão:

*“CRIMINAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCAMINHO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*

*1. O crime tem que ser previsto em lei. O temperamento será de sua aplicação ao caso concreto, havendo hipóteses em que o desinteresse estatal à arrecadação constituirá indicador evidente de que a conduta não apresenta a danosidade inerente à justificativa da incriminação.*

*2. Se a quantia de R\$ 1.000,00 é o limite que o Erário considera como dispensável da ação estatal para realização do crédito fiscal, com mais razão deverá ser o limite que se presumirá como dano social reprimível, importando a tutela realizada pela norma penal. Abaixo desse valor, dano inexistente e, portanto, se imporá a descriminalização da espécie.*

*3. Manutenção da decisão que rejeitou a denúncia por descaminho, com base no princípio da insignificância.*

*4. Recurso em sentido estrito improvido.”<sup>276</sup>*

Posteriormente, com nova reedição da Medida Provisória n.º 1110, sob o n.º 1973-67, em 26 de outubro de 2000<sup>277</sup>, elevou-se o parâmetro mínimo até então adotado pelo Fisco a ensejar persecução em juízo de valores a ele devidos (R\$ 1.000,00) para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), na forma como disposto em seu artigo 20:

*“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)”.*

Os Tribunais, com vistas, portanto, a essa Medida Provisória, adaptaram seu dispositivo aos casos de contrabando e descaminho, elevando o valor máximo de “desvio” de tributo, até o qual seria possível a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido, cabe transcrever o seguinte julgado da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi relator o Desembargador Federal Vilson Darós:

*“DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA.*

<sup>275</sup> TRF 4ª Região, Apelação Criminal n.º 1999.04.01.003389-7 / RS, Rel. Des. Fed. Vladimir Freitas, DJU n. 62, de 01.05.99, p. 226.

<sup>276</sup> TRF/4ª Região, Recurso Criminal n.º 97.04.28347-4 / SC, Rel. Des. Fed. Fábio Bittencourt da Rosa, DJU n. 249, de 24.12.97, p. 112566.

<sup>277</sup> Publicada no DOU de 27.10.00, “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgão e entidades federais, e dá outras providências”.

*O princípio da insignificância jurídica é aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações falta juízo de censura penal.*

*Nos casos dos crimes de contrabando e descaminho – art. 334, do Código Penal –, quando pequena a quantidade de mercadorias apreendidas e pequeno o seu valor, esta Turma os têm considerado como delitos de bagatela. Assim o faz em analogia à jurisdição cível, considerando que o Fisco tem adotado o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) como parâmetro mínimo a ensejar a persecução em juízo dos valores a ele devidos. Se, manifestamente, o erário admite que não há interesse em cobrar judicialmente valores devidos até R\$ 2.500,00 (art. 20 da Medida Provisória n.º 1973-67, publicada no DOU de 27.10.2000) é porque efetivamente a existência de débitos próximos deste patamar não chega a comprometer o bem jurídico tutelado”<sup>278</sup>.*

Após algumas reedições<sup>279</sup>, a Medida Provisória em vigor, n.º 2.176-79, de 23 de agosto de 2001, foi convertida, com alterações, na Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002<sup>280</sup>, elevando o parâmetro fixado pela Lei n.º 9.469/97, adotado pelo Fisco para ensejar persecução em juízo de valores a ele devidos, para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), na forma como disposto em seu artigo 20:

<sup>278</sup> TRF/4ª Região, Apelação Criminal n.º 2000.04.01.116511-0 / PR. Rel. Des. Fed. Vilson Darós, j. 15.02.2001, DJU de 25.04.2001.

<sup>279</sup> A Medida Provisória originária, n.º 1.110, publicada no D.O. de 31/08/1995, p. 1, foi reeditada e convertida por algumas vezes, até cominar na edição da Lei n.º 10.522/03: Reeditada pela MPV 1.142, de 29/09/1995; 1.175, de 27/10/1995; 1.209, de 28/11/1995; reeditada e revogada pela MPV 1.244, de 14/12/1995; 1.281, de 12/01/1996; 1.320, de 09/02/1996; 1.360, de 12/03/1996; 1.402, de 11/04/1996; 1.442, de 10/05/1996; 1.490, de 07/06/1996; 1.490-11, de 09/07/1996; 1.490-12, de 08/08/1996; 1.490-13, de 05/09/1996; 1.490-14, de 02/10/1996; 1.490-15, de 31/10/1996; 1.490-16, de 29/11/1996; revogada e reeditada pela MPV 1.542, de 18/12/1996; 1.542-18, de 16/01/1997; 1.542-19, de 13/02/1997; MPV 1.542-20, de 13/03/1997; 1.542-21, de 11/04/1997; 1.542-22, de 09/05/1997; 1.542-23, de 10/06/1997; 1.542-24, de 10/07/1997; 1.542-25, de 07/08/1997; 1.542-26, de 04/09/1997; 1.542-27, de 02/10/1997; 1.542-28, de 30/10/1997; 1.542-29, de 27/11/1997; revogada e reeditada pela MPV 1.621-30, de 12/12/1997; 1.621-31, 13/01/1998; 1.621-32, de 12/02/1998; 1.621-33, de 13/03/1998; 1.621-34, de 09/04/1998; 1.621-35, de 12/05/1998; 1.621-36, de 10/06/1998; revogada e reeditada pela MPV 1.699-37, de 30/06/1998; 1.699-38, de 30/07/1998; 1.699-39, de 28/08/98; 1.699-40, de 28/09/98; 1.699-41, de 27/10/98; 1.699-42, de 27/11/98; revogada e reeditada pela MPV 1.770-43, de 14/12/98; 1.770-44, de 13/01/99; 1.770-45, de 11/02/99; 1.770-46, de 11/03/1999; 1.770-47, de 08/04/1999; 1.770-48, de 06/05/1999; 1.770-49, de 02/06/1999; revogada e reeditada pela MPV 1.863-50, de 29/06/1999; 1.863-51, de 27/07/1999; reeditada com alterações pela MPV 1.863-52, de 26/08/99; 1.863-53, de 24/09/99; 1.863-54, de 22/10/99; reeditada com alterações pela MPV 1.863-55, de 23/11/1999; revogada e reeditada pela MPV 1.973-56, de 10/12/1999; 1.973-57, de 11/01/2000; 1.973-58, de 10/02/2000; 1.973-59, de 09/03/2000; 1.973-60, de 06/04/2000; 1.973-61, de 04/05/2000; 1.973-62, de 01/06/2000; reeditada com alteração pela MPV 1.973-63, de 29/06/2000; 1.973-64, 28/07/2000; 1.973-65, de 28/08/2000; 1.973-66, de 27/09/2000; reeditada com alteração no art. 29 (acresce par. 3º) pela MPV 1.973-67, de 26/10/2000; 1.973-68, de 23/11/2000; 1.973-69, de 21/12/2000; revogada e reeditada pela MPV 2.095-70, de 27/12/2000; 2.095-71, de 25/01/2001; 2.095-72, de 22/02/2001; 2.095-73, de 22/03/2001; 2.095-74, de 19/04/2001; 2.095-75, de 17/05/2001; 2.095-76, de 13/06/2001; revogada e reeditada com alteração no art. 36 pela MPV 2.176-77, de 28/06/2001; 2.176-78, de 26/07/2001; reeditada com alteração pela MPV 2.176-79, de 23/08/2001; convertida com alteração na Lei n.º 10.522, de 19/07/2002.

<sup>280</sup> Publicada no DOU de 22/07/2002, “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências”.

*“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)”.*

Esse dispositivo legal, tomando o espaço então ocupado pela Lei nº 9.469/97, passou a servir como parâmetro aos Tribunais para a determinação do valor considerado insignificante pela Administração Pública e, conseqüentemente, a determinar que as condutas que implicassem na ilusão tributária de um montante inferior àquele não deve merecer a aplicação da sanção penal.

Nesses termos, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 34281/RS, em que foi relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca:

*“HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART.334, CAPUT, SEGUNDA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA ÍNSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU.*

*I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, valor considerado pelos arts. 1º da Lei n.º 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal. Precedentes.*

*II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes.*

*III – In casu, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$ 1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.*

*IV – Acórdão que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal. Hábeas Corpus concedido<sup>281</sup>*

Apenas a título ilustrativo, cumpre salientar, também, que a Portaria/MF nº 289, de 31.10.97, foi revogada pela edição, em 1º de abril de 2004, da Portaria/MF nº 049<sup>282</sup>, a qual manteve, contudo, o limite de R\$ 1.000,00 (mil reais) para que o débito não fosse inscrito em Dívida Ativa, desconsiderando a nova disposição trazida pela Lei nº 10.522/02:

<sup>281</sup> STJ, HC 34281 / RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 08.06.04, DJ 09.08.04, p. 281.

<sup>282</sup> Publicada no DOU de 05.04.04, “estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”.



**“Art. 1º. Autorizar:**

*I - a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e  
II - o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.*

Verifica-se, assim, a existência de um conflito entre duas disposições – uma legal e outra infralegal. Os tribunais pátrios ainda não se manifestaram sobre qual delas deve ser aplicada. Alguns juízes vêm entendendo por aplicar o novo valor, trazido pela Portaria nº 49/04 (R\$ 10.000,00); outros, no entanto, sob o argumento do instrumento utilizado para a definição do valor mínimo (portaria e não lei), afastam sua aplicação e mantém como parâmetro aquele trazido pela Lei nº 10.522/02. Importante salientar, de qualquer forma, que o julgador deve se orientar, sempre, pelo critério da razoabilidade, verificando, no caso concreto, se a conduta foi de fato insignificante ou não.

O princípio da insignificância, dessa forma, em decorrência do desvalor da conduta praticada e do resultado causado – este último aferido de forma objetiva, mediante a adoção de leis extrapenais –, deve, portanto, incidir naquelas condutas que formalmente amoldam-se à descrição do artigo 334 do Código Penal, de forma que, atualmente, em sendo o tributo devido igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)<sup>283</sup>, considera-se de menor relevância a ofensa cometida ao bem jurídico tutelado, haja vista o próprio desinteresse do Estado em cobrar judicialmente o valor devido, excluindo-se, destarte, a tipicidade final.

### **3.1.3 A posição da Doutrina e da Jurisprudência**

Nossos Tribunais sempre reconheceram, de uma maneira ou de outra, a irrelevância penal de certos casos, embora sem que tenham expressamente aplicado o princípio da insignificância. Eram comuns decisões absolutórias em nome da “boa política criminal”, sem, no entanto, existir qualquer critério sistemático.

Abandonando o temor inicial que apresentou, a jurisprudência passou a conhecer das técnicas de descriminalização interpretativa fornecidas pela dogmática, não-violadoras da necessária segurança jurídica do sistema, mediante o reconhecimento da atipicidade material de condutas levemente agressivas ou lesivas

aos bens jurídicos protegidos pela lei penal, mediante a aplicação do princípio da insignificância<sup>284</sup>, como se pôde observar em alguns julgados já transcritos nesse trabalho.

O princípio da insignificância teve pela primeira vez seu acolhimento “expresso” pelo Supremo Tribunal Federal em julho de 1988, por votação unânime da Segunda Turma, no RHC n.º 66.869-1. Fundamentou-se aquela E. Corte no fato de que uma “equimose de três centímetros de diâmetro, decorrente de um acidente automobilístico, escapa ao interesse punitivo do Estado em virtude do princípio da insignificância”, alegando que o prosseguimento da ação penal não lograria nenhum resultado, só sobrecarregaria mais os serviços da Justiça e incomodaria inutilmente a vítima<sup>285</sup>. Respeitando-se o critério normativo da nocividade social, o princípio é aplicável a qualquer espécie de crime, tendo a jurisprudência utilizado-o e invocado-o, ultimamente, nos casos de furto, lesão corporal, descaminho e crimes contra a fauna.

A doutrina, transpondo o princípio para as situações práticas em que ele pode incidir, nos fornece alguns exemplos, nestes incluídos a conduta relativa ao crime de descaminho. A respeito, oportuno lembrar o escólio de Francisco de Assis TOLEDO, quando expressa que:

O dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1.º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia nos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante<sup>286</sup>.

Outros exemplos também foram expostos por Diomar ACKEL FILHO:

<sup>283</sup> Adotando-se como parâmetro a disposição da Lei nº 10.522/03.

<sup>284</sup> MAÑAS, C. V. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>285</sup> SANGUINÉ, O. *Op. cit.*, p. 36-50.

<sup>286</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 133 (grifo nosso).

A subtração de um alfinete de uma loja de armarinhos poderia ser considerada furto? O ingresso forçado em um coletivo, esbarrando, com violência, em outras pessoas, poderia tipificar vias de fato? O corte de uma flor comum de um jardim poderia caracterizar o dano? A momentânea introdução de um cavalo em terreno alheio, com ligeiro consumo de moita de um capinzal, poderia ser tido como violação do art. 164 do Código Penal? A resposta deve ser negativa<sup>287</sup>.

Em relação especificamente ao delito de descaminho, são os Tribunais Regionais Federais, tendo em vista a natureza daquele crime e a disposição do art. 109 da Constituição Federal, os órgãos que mais se utilizam da aplicação do princípio da insignificância para a resolução dos litígios, aplicando-o de forma pacífica, sob os argumentos de que o descaminho de mercadoria de valor irrisório não chega a causar lesão relevante ao bem jurídico tutelado e não merecendo, dessa forma, a aplicação da sanção criminal. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, assim se manifestou:

*“Pacificou-se a jurisprudência desta 1ª Turma no sentido de que o descaminho de mercadorias de valor irrisório não chega a causar lesão relevante, que justifique o prosseguimento da ação penal, devendo nessas hipóteses, ser aplicado o princípio da insignificância”<sup>288</sup>.*

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também apresenta jurisprudência pacífica nesse sentido, como se depreende do acórdão abaixo, colacionado a título ilustrativo, *verbis*:

*“I – PENAL – DESCAMINHO – ART. 334, CAPUT, DO CP – MERCADORIAS DE PEQUENO VALOR IMPORTADAS DE PAÍS LIMÍTROFE – AUSÊNCIA DE ALGUMA ILICITUDE, SALVO A FISCAL, NA PRÁTICA DENUNCIADA – O comércio de escala reduzida e com produtos de origem e qualidade duvidosas e em valores incipientes são elementos a fazer prevalecer o bom senso do princípio da insignificância, a afastar a necessidade de alguma repressão, já sendo suficiente o confisco dos bens – Não tipificada a conduta descrita no dispositivo legal em questão, há que ser absolvido o réu, nos termos do art. 386, III, do CPP.  
II – Apelação improvida – Sentença confirmada”.*

São vários os casos em que aquela E. Corte manifestou tal entendimento, como se pode verificar da transcrição de parte do Voto do Min. Relator Juiz Silvério Cabral, nos autos de Apelação Penal nº. 96.02.07428-0/RJ:

*“(…) Assim sendo, conheço da apelação. Como alegado pelo apelante, não restou comprovado que todas as mercadorias fossem de sua propriedade. Lamentavelmente, também, é verdade que existe um número*

<sup>287</sup> ACKEL FILHO, D. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>288</sup> TRF-4ª Região, 1998.04.01.051400-7/PR, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Amir José Finocchiaro Sarti, j. 21/10/98.

*incontável de pessoas que ganham seu sustento como camelô. Considerando que as mercadorias eram de pequeno valor, que o apelante é primário, e menor de idade à época do fato, acolho o Princípio da Insignificância. (...) Em face do exposto, dou provimento à apelação para absolver o apelante. É o meu voto*<sup>289</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, igualmente, não escapa à tendência, defendendo o fato de que pouca expressividade econômica não ofende o interesse arrecadador do Estado. Nesse sentido, merece transcrição o julgamento de *Habeas Corpus*, concedendo ordem para trancamento de inquérito policial, com base no princípio da insignificância:

*“Penal – Processual penal – Habeas Corpus – Trancamento de inquérito policial – Princípio da Insignificância – Remessa ex officio a que se nega provimento.*

*I. Sentença concessiva de habeas corpus para o efeito de trancamento de inquérito policial, para apuração do suposto cometimento do delito de descaminho (334, § 1.º, CP), à falta de justa causa, por violação ao princípio da insignificância.*

*II. A objetividade jurídica do crime de descaminho é a proteção do interesse arrecadador do Estado, que não chegou a ser agravado pela pouca expressão econômica da mercadoria apreendida. Aplicação à espécie do princípio da insignificância. Precedentes.*

*III. Remessa ex officio a que se nega provimento*<sup>290</sup>.

Ressalte-se, outrossim, que, atualmente, as decisões tomam por base o valor estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/03, entendendo que, quando o montante devido a título de tributo for inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a conduta deve ser considerada insignificante:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE RAZÕES. CONHECIMENTO. PRERROGATIVA DA AUTONOMIA FUNCIONAL. ARTIGO 127, PARÁGRAFO 1º, DA CARTA MAGNA. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.*

*- Não pode ser confundida com a mera omissão - equivalente à desistência do apelo - a postura do agente ministerial que, por concordar com a tese retratada na decisão guerreada, deixa de apresentar as razões do recurso interposto por colega seu, haja vista a prerrogativa assegurada no art. 127, parágrafo 1º, da Constituição da República.*

*- Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal.*

*- Precedentes desta Corte.*

*- Apelação conhecida e desprovida*<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> TRF/2.ª Região, AP. 96.02.07428-0 / RJ, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Silvério Cabral, j. 07/08/1996, DJU 19.09.1996.

<sup>290</sup> TRF/3.ª Região, HC 94.035908-7, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, j. 22/08/1995, DJU 20.09.1995, p. 63.177.

*“PENAL. DESCAMINHO E CONTRABANDO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. LEI Nº 10.522/2002. ARMAS DE BRINQUEDO. COMPROVAÇÃO DA SIMILITUDE COM VERDADEIRAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.*

*- De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Inteligência do art. 20 da MP nº 2.176-79/2001, convertida na Lei nº 10.522, de 19.07.2002.*

*- É necessário, para que a introdução de arma de brinquedo no país seja proibida, nos termos do artigo 15 da Lei nº 9.437/97, que esta possa ser confundida com arma verdadeira”<sup>292</sup>.*

Também no Superior Tribunal de Justiça verifica-se a aplicação do princípio da insignificância, principalmente no que concerne aos delitos de descaminho ou contrabando, utilizando-se do mesmo argumento dos Tribunais Federais, ou seja, que as mercadorias de ínfimo valor não caracterizariam crime de descaminho ou contrabando tendo em vista a inexpressiva lesão causada ao bem jurídico tutelado<sup>293</sup>:

*“DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. No caso ‘sub examine’, a pequena quantidade e o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira, apreendida em poder do acusado autoriza a aplicação do princípio da insignificância”<sup>294</sup>.*

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, aplica o princípio ao delito de descaminho, entendendo que, se o próprio Estado, que é o sujeito passivo desse crime, mostrou-se desinteressado pela cobrança, consoante já expusemos na Seção anterior, inexistem razões à atuação do direito Penal:

*“RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*

*1. Aplica-se o princípio da insignificância à evasão de imposto em valores que o próprio Estado, sujeito passivo do delito de descaminho, expressou o seu desinteresse pela cobrança.*

*2. Recurso não conhecido.”<sup>295</sup>*

<sup>291</sup> TRF-4ª Região, RSE n. 2004.70.02.000540-0, Rel. Des. Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 24.08.04, DJU 01.09.04, p. 804.

<sup>292</sup> TRF-4ª Região, RSE n. 2004.71.04.000911-5, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 30.06.04, DJU 21.07.04, p. 832.

<sup>293</sup> Nesse sentido, Recurso Especial n.º 111.011 / AL, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, 01.10.98. “O resultado penal há que ser relevante. O valor ínfimo das mercadorias apreendidas autoriza a aplicação do princípio da insignificância”, e Recurso em Habeas Corpus n.º 960061271-4 / RJ, STJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezinni, 12/11/96. “Não caracteriza crime previsto no artigo 334, § 1º, ‘c’, do Código Penal, a apreensão em depósito de duas unidades de mercadorias de ínfimo valor em situação irregular, em meio a grande quantidade examinada e devidamente acompanhada de documentação fiscal”.

<sup>294</sup> STJ, RESP 124897 / CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, 21.02.2000.

<sup>295</sup> STJ, RESP 220692 / PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, 02.05.2000.

Cabe ressaltar, também, que idêntica posição vem sendo assumida pelo Supremo Tribunal Federal, com a advertência de que cada caso deve ser analisado isoladamente<sup>296</sup>.

O próprio Ministério Público Federal aceita e aplica a tese do princípio da insignificância, como se pode verificar em muitos casos nos quais aquele órgão solicita o arquivamento do inquérito policial de descaminho, com base no princípio da insignificância, ante a irrelevância do valor do tributo devido em decorrência da importação e/ou exportação de mercadoria.

Mesmo a incidência do princípio da insignificância sobre o delito de contrabando já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de um caso em que foi apreendido um tubo de lança-perfume, considerado substância entorpecente, mas que, em não havendo forma de qualificar a conduta como tráfico de entorpecentes, nem se configurando o crime de contrabando, por ser irrelevante a ofensa ao bem jurídico, e, ainda, considerando-se a ausência de dependência física ou psíquica do agente, concedeu-se *habeas corpus* ao agente, com base na “míngua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância”<sup>297</sup>.

Recentemente, os Tribunais têm considerado também um critério subjetivo para o reconhecimento da aplicação ou não do princípio da insignificância, entendendo que a habitualidade na prática delituosa afastaria a aplicação daquele princípio, sob pena de se incentivar a impunidade:

*“PENAL. CONTRABANDO E DESCAMINHO. MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COBERTURA LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*

*1. A posse de mercadoria estrangeira sem documentação comprobatória de aquisição induz a presunção de finalidade mercantil e portanto de crime do art.334 do CP.*

*2. Presentes os requisitos do art.44 do CP, pode ter a ré a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consubstanciada em prestação de serviços à comunidade, a ser determinada pelo Juízo da Execução.*

<sup>296</sup> Jurisprudência do STF. Habeas Corpus n.º 70747-5 / RS, STF, Rel. Min. Francisco Rezek, 07.12.93.

<sup>297</sup> Nesse sentido, Habeas Corpus n.º 10971 / MS, STJ, 6ª Turma, 07.12.99.

**3. Quando o acusado responde a outros processos criminais por contrabando e descaminho, não faz juz ao reconhecimento da insignificância, sob pena de incentivo à impunidade<sup>298</sup>.**

“PENAL. DESCAMINHO POR ASSIMILAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA. AUTORIA E MATERIALIDADE.

1. O fato de não ter sido arrolada testemunha na defesa prévia, ou a ausência de pedido de diligências na fase própria, estão longe de caracterizar a situação apta a ensejar a declaração de nulidade por deficiência de defesa, mormente quando se verifica que sequer houve menção de qual prejuízo tais circunstâncias ocasionaram ao réu (Súmula 532 do STF).

**2. O reconhecimento do ilícito de bagatela, no crime de descaminho, pressupõe não só a análise do valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas, mas de aspectos subjetivos do agente.**

**3. Não se mostra compatível com o princípio da insignificância a verificação de que o acusado possui antecedentes em crimes da mesma natureza, denotando grau de profissionalismo e habitualidade na conduta delituosa.**

4. Conjunto probatório suficiente para demonstrar que o réu, livre e conscientemente, no exercício de atividade comercial, adquiriu mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, incorrendo no tipo previsto no artigo 334, § 1º, "d", do Código Penal<sup>299</sup>.

“PENAL. APELAÇÃO. DESCAMINHO. HABITUALIDADE. AFASTADO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA.

**1. Não é admissível acolher-se a tese do delito de bagatela quando o agente pratica o crime de descaminho reiteradas vezes, fazendo de tal ilícito o seu sustento.**

2. Se após exame minucioso dos autos, o julgador, ao verificar a suposta pena a ser aplicada, mesmo considerando todas circunstâncias judiciais desfavoráveis, perceber que eventual juízo condenatório restaria fulminado pela prescrição, não há justificativa para proceder-se a um complexo exame da ocorrência, ou não, da conduta criminosa, em nítida afronta às finalidades do processo e em prejuízo do próprio Poder Judiciário, devendo ser reconhecida, nessa hipótese, a ausência de justa causa para a ação.

3. Decorrido período superior ao lapso prescricional a contar da data do recebimento da denúncia, em face de absolvição no juízo de 1º grau, impõe-se o reconhecimento, ex officio, da extinção da punibilidade (inteligência dos artigos 107, IV, do Estatuto Repressivo e 61 do Código de Processo Penal)<sup>300</sup>.

Destarte, quando a conduta criminosa consistir no *modus vivendi* do agente, o princípio da insignificância não deverá ser aplicado:

“PENAL. DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, ALÍNEA D, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 10.522/2002. REITERAÇÃO DA CONDUTA. PENA SUBSTITUTIVA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO.

<sup>298</sup> TRF-4ª Região, ACR 10767, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 05.05.04, DJU 19.05.04, p. 1022 (grifo nosso).

<sup>299</sup> TRF-4ª Região, ACR 11162, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 16.06.04, DJU 14.07.04, p. 558 (grifo nosso).

<sup>300</sup> TRF-4ª Região, ACR 12571, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 04.08.04, DJU 25.08.04, p. 682 (grifo nosso).

1. Está configurado o delito de descaminho, na forma prevista no artigo 334, § 1º, alínea d, do CP, quando o acusado recebe, no exercício de atividade comercial, ainda que em proveito alheio, mercadorias que tem ciência ter sido introduzidas ilegalmente no país.

2. De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Inteligência do art. 20 da MP nº 2.176-79/2001, convertida na Lei nº 10.522, de 19.07.2002. **Não se aplica o princípio da insignificância quando o acusado utiliza a prática delituosa como modus vivendi.**

3. Deve ser reduzida a pena de prestação pecuniária, imposta em substituição à pena privativa de liberdade, quando a situação econômica do acusado não permite o cumprimento da pena restritiva fixada na sentença<sup>301</sup>.

Ressalte-se, no entanto, que este critério subjetivo apenas deve afastar o princípio da insignificância quando a conduta delitiva for efetivamente praticada de forma habitual. Afinal, se o que está em questão é o desvalor da conduta e do resultado causado, enquanto o resultado, ainda que provocado por algumas vezes, não implicar, em seu total, uma lesão relevante ao bem jurídico, não estará excluída a insignificância de sua conduta. Por exemplo, se o agente praticar a mesma conduta delitiva por duas vezes e a soma dos tributos devidos em decorrência das duas condutas não ultrapassar aquele montante fixado pela Lei nº 10.522/02 (R\$ 2.500,00), suas condutas devem ser consideradas insignificantes e, conseqüentemente, atípicas.

Esse, inclusive, o entendimento predominante no E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. EXISTÊNCIA DE REGISTROS ANTERIORES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.*

*- Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, da Lei nº 10.522/2002, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal.*

*- A habitualidade exigida para afastar-se o princípio da bagatela não pode ser vista, simplesmente, como mais de um processo ou registro de prática idêntica, sendo necessárias várias práticas de descaminho, assim compreendidas, no mínimo, três incursões no tipo penal.*

*- Precedentes desta Corte.*

*- Recurso a que se nega provimento<sup>302</sup>.*

A partir dos extratos jurisprudenciais acima colacionados, é possível concluir que o princípio da insignificância leva à exclusão da tipicidade do fato, uma

<sup>301</sup> TRF-4ª Região, ACR 14482, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 05.05.04, DJU 19.05.04, p. 1022.

<sup>302</sup> TRF-4ª Região, RSE n. 2003.71.04.011330-3, Rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva, j. 17.02.04, DJU 05.05.04, p. 1476 (grifo nosso).



vez evidenciada a falta de potencialidade ofensiva social ou econômica do ato delituoso, devendo incidir sempre que a ação praticada e/ou o resultado causado não importarem significativa lesão ao bem jurídico tutelado.

Nesses termos, quando o resultado causado pela prática dos crimes de contrabando e descaminho não implicarem uma lesão efetiva e significativa ao bem jurídico tutelado, na forma como expusemos, não deve o agente sofrer a reprimenda do Direito Penal. Ressalte-se que o reconhecimento da inexistência de um ilícito penal não impede que a conduta seja reconhecida como um ilícito civil ou administrativo, recebendo, em cada uma dessas searas, a devida resposta.

Inegável, assim, a incidência do princípio nessas hipóteses e o reconhecimento desse fato, de forma unânime, pela Jurisprudência Pátria. Pelo exame dos acórdãos elencados nesta obra, verifica-se que o princípio da insignificância já se encontra assente no Direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, e o Superior Tribunal de Justiça, em vários casos, o aplicaram. Ademais, como vimos, tal princípio vem sendo utilizado de forma bastante adequada pelos tribunais e mesmo pelos Juízos de primeira instância, vale dizer, como instrumento de interpretação restritiva da norma penal, fundado na concepção material do tipo penal, alcançando a descriminalização de condutas que, conquanto aparentemente típicas, não lesionam de forma significativa o bem jurídico protegido.

Verificam-se, logicamente, certas restrições em sua aplicação por alguns tribunais estaduais, mais conservadores e positivistas. No entanto, o tempo mostra-se otimista no sentido de que o princípio da insignificância acabará por penetrar na solução das lides penais, tendo por objeto lesões diminutas e contribuindo para o desafogo dos diversos juízos e tribunais<sup>303</sup>. E como já é possível observar, muitas das objeções à aplicação do princípio da insignificância até já foram rebatidas pelos tribunais.

Todos os acórdãos acatando o princípio da insignificância deixam claro que a utilização do princípio deve perquirir todas as nuances da situação fática específica, tendo-se em atenção as circunstâncias que a envolvem, as condições

---

<sup>303</sup> RÊBELO, J. H. G. *Op. cit.*, p. 65.

pessoais do agente e da vítima, bem como relacionar-se à delimitação do que seja de fato tolerado pela sociedade ou do que seja um crime insignificante.

É de se reconhecer, ademais, que o Poder Judiciário em nosso país sofre graves críticas no que concerne à sua celeridade e à velocidade do trâmite processual. A lentidão para a efetivação da prestação jurisdicional se mostra mais grave ainda em matéria criminal, comprometendo os efeitos decorrentes da aplicação da sanção penal. Em face disso, a teoria do Direito Penal mínimo surge justamente para incentivar a adoção de mecanismos de descriminalização, afastando a natureza do caráter ilícito de uma conduta e permitindo que o Judiciário possa se ocupar mais efetivamente e com maior rapidez dos processos que impliquem, efetivamente, uma resposta interessante à sociedade, o que justifica a aplicação do princípio da insignificância, nos exatos moldes em que vem ocorrendo.

Além disso, apresentando-se o cidadão como o protagonista da aplicação judiciária, é de certa forma incoerente sofrá aquele que, por exemplo, no caso de descaminho, deixou de declarar cem reais, o mesmo que aquele que importou dez mil reais sem pagar a respectiva taxa de importação.

Os delitos de contrabando (em menor escala) e de descaminho, apresentam-se, nestes termos, como um dos “alvos” do princípio da insignificância, especificamente em situações nas quais o valor desviado é ínfimo, não se justificando a formação de um processo criminal, os gastos que este representa para o Estado e todas as conseqüências trazidas ao infrator. A incriminação, entre outras coisas, implica um alto custo social, decorrente de toda a tramitação do processo e manutenção e execução da pena – e, principalmente, estigmatização e segregação do condenado –, só se justificando, portanto, face a um bem ou valor social efetivamente relevante, sem alcançar fatos de ordem moral ou situações que, mesmo ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa.

### 3.2 Contrabando e Descaminho como Objeto do Direito Econômico e a Extinção da Punibilidade do Agente

Outro fator de descriminalização incidente sobre os delitos de descaminho e contrabando (este último se considerado apenas em sua modalidade relativa<sup>304</sup>) decorre da possibilidade de extinção da punibilidade do agente pelo pagamento do tributo, uma vez que, como se expôs, são eles considerados delitos econômicos.

A aplicação desse fator de *descripción*, ao contrário do princípio da insignificância, cuja aceitação, conforme se expôs na seção anterior, já se mostra pacífica pelos tribunais pátrios, ainda gera muitas controvérsias, não existindo uma posição pacífica na jurisprudência.

Não obstante, forçoso concluir que em, se tratando de delitos econômicos, a eles deve ser estendido o mesmo tratamento dado aos demais delitos daquele jaez. Dessa forma, se nos crimes contra a ordem tributária, por exemplo, o pagamento do tributo implica a extinção da punibilidade do agente, nada impede que, no caso do descaminho, a mesma consequência seja verificada.

Primeiramente, por questões didáticas, faz-se importante apenas traçar alguns aspectos distintivos e comuns que se verificam entre o crime de descaminho e os demais delitos fiscais, objetivando-se, assim, situar exatamente a posição que aquele crime assume dentro da categoria de delito econômico. Posteriormente, faz-se necessária também uma breve elucidação sobre a independência e autonomia do procedimento administrativo instaurado em decorrência da notícia de sonegação fiscal e o respectivo processo criminal, eis que, delineados esses aspectos, será possível definir a natureza daquele procedimento e sua influência no deslinde da ação penal. Ao final, será tratada a questão da extinção da punibilidade do agente em vista do pagamento do tributo ou do reconhecimento de sua inexigibilidade, bem assim a possibilidade de extensão dessa figura ao crime de descaminho, objeto do presente trabalho.

---

<sup>304</sup> Vide supra, p. 54-56.

### 3.2.1 Aspectos Comuns e Distintivos entre o Descaminho e demais Delitos Fiscais

Conforme restou exposto no Capítulo 2<sup>305</sup>, o descaminho, ao exigir em seu tipo a ilusão do pagamento de um tributo devido, caracteriza-se por ser, essencialmente, um delito de sonegação fiscal. Ocorreu que, nosso ordenamento jurídico, em decorrência do surgimento e evolução do Direito Penal Econômico, acabou por tipificar outras condutas também consistentes na sonegação de tributos, dentre as quais algumas também relacionadas à exportação ou importação de mercadorias<sup>306</sup>.

O Código Penal já continha em seu bojo tipos como o do artigo 334, tema da presente dissertação, inserido, como se viu, dentre aqueles crimes praticados por particular contra a administração pública em geral. No entanto, no que dizia respeito às várias outras condutas de evasão tributária, a normatividade ainda era escassa.

Com o tempo, devido à crescente modificação da legislação e quantidade de dispositivos penais-tributários distribuídos em leis esparsas e diante da progressiva complexidade das próprias relações e obrigações tributárias, tornou-se necessária a reunião dos tipos penais-tributários existentes e a tipificação de outras condutas. Assim, o vazio legislativo concernente à matéria foi preenchido,

---

<sup>305</sup> Vide supra, p. 52-53.

<sup>306</sup> O Direito Penal Econômico, como vimos, surgiu recentemente, criminalizando condutas atentatórias à ordem econômica vigente, consistentes, em regra, na sonegação de tributos, o que, dentre outras consequências, prejudicava a produção de bens necessários para a subsistência da população. O objetivo inicial da tipificação desses delitos em nosso ordenamento jurídico, o que se deu basicamente a partir da década de sessenta, era a arrecadação de fundos para suportar os gastos necessários às reformas sociais a serem implantadas como forma de justificar o modo como foi tomado o poder naquela época. O Estado sempre se deparou com problemas na arrecadação de tributos, mormente ante a displicência com que, em sua maioria, a sociedade trata o tema. Chegou um ponto, então, em que se fez necessária a tipificação de determinadas condutas comprometedoras da ordem econômica estatal, justificando-se a intervenção do Direito Penal e originando o chamado Direito Penal Econômico. Na esteira das críticas formuladas, o Direito Penal transmudou-se, assim, em mais um instrumento arrecadador do Estado. Como salienta Ercias Rodrigues de SOUSA, “o tributo, como instrumento de abastecimento do Erário e importante móvel da política econômica do Estado, em qualquer de suas conformações, não tem, ..., uniforme e espontâneo acatamento por parte de seus destinatários”, de forma que os índices de sonegação são sempre elevados. Em decorrência da dificuldade de controle sobre o efetivo pagamento dos tributos, sentiu-se a necessidade de se trazer tais condutas para o campo de incidência da norma penal, com o evidente intuito de emprestar força de persuasão à atividade tributante do Estado (SOUSA, Ercias Rodrigues. Crimes contra a Ordem Tributária. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3310>>, p. 1).

inicialmente, com a Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e, na seqüência, com a Emenda Constitucional n.º 18, de 1º de dezembro de 1965, que disciplinou o sistema tributário nacional.

A Lei n.º 4.729/65 resolveu um importante dissídio doutrinário e jurisprudencial, referido por Ercias Rodrigues SOUSA como:

A lacuna existente no ordenamento jurídico, tendo em vista princípios como o da estrita tipicidade penal, e da reserva legal, em relação a condutas eventualmente fraudulentas, que tivessem como elemento subjetivo do tipo – dolo específico para os penalistas clássicos – a vontade deliberada de suprimir ou reduzir tributo – mediante condutas tão diversas como a declaração falsa, a omissão de informações, a inserção de elementos inexatos ou a omissão de elementos necessários em documentos ou livros ou, ainda, a adulteração de notas ou faturas, o fornecimento gracioso de documentos ou a alteração de despesas, por exemplo<sup>307</sup>.

Tipificou em seu art. 1º as diversas condutas consideradas crimes de sonegação fiscal e, em seu art. 2º, estabeleceu a extinção da punibilidade de tais crimes quando o tributo fosse recolhido antes do início, na esfera administrativa, da ação fiscal própria, determinando, em seu art. 7º, que a autoridade administrativa remeteria imediatamente os elementos comprobatórios da infração penal-fiscal ao Ministério Público e este, entendendo-os suficientes, ofereceria desde logo a denúncia<sup>308</sup>.

Não obstante tal diploma legal, é de se reconhecer que nosso país sempre apresentou uma realidade contrastante no que diz respeito ao tema, existindo, segundo Antonio CÔRREA, uma tendência ao afrouxamento dos laços do nacionalismo:

Surgindo o desamor e o desinteresse pela coisa pública, que tem atravancado nossa evolução e modernização pelo desvio das rendas públicas que o Estado deveria legitimamente auferir de forma natural e espontânea.

Está agregado ao espírito do povo que o governo não merece arrecadar porque aplica mal. Por outro lado, que é inteligente e possui sabedoria quem consegue enganar o fisco omitindo-se no cumprimento de obrigações impostas pela lei, e como as leis são pouco claras, permitem discussões intermináveis no âmbito do Judiciário, onde, sendo natural a sua morosidade, permitirá sempre que o devedor afaia vantagem pela utilização dos valores sonegados em atividade lucrativa<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> SOUSA, E. R. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>308</sup> LOTT, H. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>309</sup> CÔRREA, Antonio. *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária: Comentários à Lei n. 8.137, de 27-12-1990*, p. 22.

Foi para sanar essa situação, então, que a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, foi promulgada, contemplando em seu bojo os dispositivos penais e fiscais já previstos pela Lei n.º 4.729/65, incluindo no *caput* do artigo 1º a exigência do resultado lesivo e criando outras figuras típicas, então inexistentes, e trazendo, ainda, alterações em outros dispositivos do Código Penal, dentre os quais aquele que regula o contrabando e o descaminho<sup>310</sup>.

Segundo a Lei n.º 8137/90, em seu artigo 1º :

*“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*  
*I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*  
*II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*  
*III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*  
*IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*  
*V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecer-la em desacordo com a legislação”*<sup>311</sup>.

A lei em comento, embora preveja os chamados crimes de “sonegação fiscal”, não se preocupou em conceituar o que seriam tais delitos, tarefa esta que ficou relegada à doutrina. Para Alexandre de MORAES e Gianpaolo Poggio SMANIO, sonegação pode ser entendida como “a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade, do recolhimento de tributo devido ao Poder Público”<sup>312</sup>.

Embora, às vezes, a sonegação signifique o mesmo que evasão fiscal, não se confunde com a elisão fiscal, instituto de Direito Tributário que, segundo Roque Antonio CARRAZZA, “é a conduta lícita, omissiva ou comissiva, do contribuinte, que visa impedir o nascimento da obrigação tributária, reduzir seu montante ou adiar seu cumprimento”<sup>313</sup>. Na elisão, portanto, não há conduta ilícita, apenas a não-realização da hipótese de incidência tributária, ao passo que na

<sup>310</sup> CÔRREA, A. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>311</sup> Evidente o equívoco do legislador ao adotar, com relação a uma das condutas tipificadas, o verbo “suprimir”, eis que o termo “supressão”, em sua acepção terminológica, é de difícil configuração, eis que somente se suprime coisa material. A expressão mais correta, segundo entendimento da doutrina, seria mesmo o emprego da palavra “sonegação” (CÔRREA, A. *Op. cit.*, p. 75).

<sup>312</sup> MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 5.ed. p. 90.

<sup>313</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17.ed. p. 290.

evasão fiscal há uma situação de contrariedade à ordem jurídica, caracterizando ilícitos administrativo e/ou penal. A evasão configura-se, assim, ainda segundo leciona CARRAZZA, quando praticada por aquele que, “com o intuito de evitar ou reduzir tributo devido ou, mesmo, de adiar seu recolhimento, adota conduta (omissiva ou comissiva) que a ordem jurídica não abona”<sup>314</sup>.

A extensão do conceito de “tributo”, trazido no *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, acima transcrito, deve ser buscada no sistema constitucional tributário, que contempla como espécies tributárias os impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições sociais e o pedágio. As condutas elencadas no artigo 1º possuem, então, como elemento subjetivo do tipo o querer ou a assunção do risco de suprimir ou reduzir tributo, respectivamente dolo direto e dolo eventual<sup>315</sup>. Refere-se, assim, a crime material ou de dano, exigindo, para sua configuração, efetiva supressão ou redução de tributo.

O artigo 2º, embora disponha sobre os chamados “tipos equiparados”<sup>316</sup>, não traz em todos os seus incisos a necessidade de supressão ou redução do tributo como condição para a consumação do delito, de forma que, contrariamente aos crimes previstos no artigo 1º, descreve os chamados crimes formais.

O descaminho, conforme exposto no segundo capítulo desta obra, também apresenta como elemento normativo do tipo a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria e, tal qual as condutas tipificadas no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, é crime material, eis que exige para a sua configuração a efetiva ilusão do tributo devido.

Devido à semelhança existente entre os delitos de descaminho e aqueles de sonegação fiscal, trazendo em seu tipo objetivo praticamente o mesmo elemento normativo, pode ocorrer entre eles o chamado “conflito aparente de normas”. Segundo Júlio F. MIRABETE, dá-se o conflito aparente de normas quando “a um mesmo fato supostamente podem ser aplicadas normas diferentes, da mesma

---

<sup>314</sup> CARRAZZA, R. A. *Idem*, p. 289.

<sup>315</sup> SOUSA, E. R. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>316</sup> “Constitui crime da mesma natureza”...

ou diversas leis penais”<sup>317</sup>. Exige-se a ocorrência de dois pressupostos: a unidade de fato e a pluralidade de normas que (aparentemente) identificam o mesmo fato delituoso. Afinal, em obediência ao princípio do *non bis in idem*, não poderão incidir duas ou mais normas sobre uma mesma conduta, de forma que eventual conflito, como o próprio nome diz, é “aparente”, devendo ser resolvido pelos princípios gerais do Direito<sup>318</sup>.

No que diz respeito ao aparente conflito existente entre os crimes de descaminho e aqueles contra a ordem tributária, alguns autores apontam como solução a aplicação do princípio da consunção, entendendo serem as hipóteses elencadas no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 meios para a prática do crime de descaminho, devendo ser por este absorvido.

Analisando-se as condutas descritas nos dois tipos penais em apreço, verifica-se que ambos tipificam a ilusão, total ou parcial, dos tributos devidos, de forma que a questão deve ser resolvida pelo princípio da especialidade.

<sup>317</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. I, São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 120.

<sup>318</sup> Como é sabido, o Direito Penal proíbe a incidência de duas normas sobre a mesma conduta, o que caracterizaria o chamado *bis in idem*. Ocorre que, em determinadas situações, tendo em vista a proximidade das normas ali incidentes – como no caso o descaminho e a sonegação fiscal –, verificar-se-á, aparentemente, a incidência de duas ou mais normas penais, ao que a doutrina denomina de “conflito aparente de normas”. Na solução do conflito “aparente” de normas é imprescindível a verificação de qual delas deve ser aplicada ao caso concreto. A solução deve ser buscada nos princípios, cujos aspectos gerais foram tratados em momento anterior desta obra. Os princípios incidentes na solução desta questão são o da especialidade, da consunção, da subsidiariedade e da alternatividade. O princípio da especialidade deve ser aplicado quando existirem normas penais incriminadoras que guardam, umas com as outras, uma relação de gênero para espécie, de especialidade. uma norma é genérica e as outras são, em relação a ela, específicas. uma norma é especial em relação a outra, geral, quando contiver em sua descrição todos os elementos objetivos, normativos, subjetivos da norma geral e mais alguns objetivos, normativos ou subjetivos que a tornam especial. O princípio manda que, quando entre as duas normas que estão aparentemente em conflito, abrangendo o mesmo fato, houver uma relação de especialidade, a norma especial deve afastar a incidência da norma geral – *lex specialis derogat lex generalis*. Em outros casos, a relação existente entre duas normas penais não é de especialidade, mas de subsidiariedade. Uma norma seria subsidiária da outra, primária, quando descrevesse grau de violação do bem jurídico de menor gravidade do que descreve a norma primária, principal. A aplicação do princípio implica a anulação da lei subsidiária pela principal. A subsidiariedade pode ser explícita, quando consta expressamente no tipo penal, ou implícita, quando um tipo constitui uma circunstância do outro. O princípio da absorção ou da consunção deve ser aplicado quando se estiver diante de normas que guardam entre si relação de conteúdo e continente, de parte a todo, de meio a fim – um tipo é parte integrante do outro, ou meio para sua realização. O agente, nessa hipótese, será apenas punido pelo fato fim. Por fim, temos o princípio da alternatividade. Para alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus, ele não chega a ser um princípio, eis que diz respeito às várias espécies normativas previstas num mesmo tipo penal. No entanto, atualmente, é posição majoritária da doutrina admitir-se a alternatividade como princípio, incidindo nos chamados crimes de ação múltipla, nos quais, embora o agente pratique duas ou mais condutas descritas em um mesmo tipo penal, será punido apenas por uma delas.



Não obstante, verifica-se, na doutrina e na jurisprudência, um impasse. Alguns entendem que a norma especial e, portanto, que deve prevalecer, é aquela do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, uma vez que para a caracterização desse tipo penal não se faz necessária apenas a ilusão do tributo, exigindo-se a falsificação ou outras irregularidades atinentes aos documentos respectivos. Assim, se os incisos do artigo 1º da Lei 8.137/90 prevêm condutas por meio das quais o agente igualmente ilude o recolhimento de tributos, porém utilizando-se de meios específicos para tanto, define espécies da ação genérica de iludir recolhimento fiscal, prevista no artigo 334 do Código Penal.

Ressalte-se, ainda, que a Lei 8.137/90 é mais recente do que o Código Penal, Decreto-Lei 2.848/40. Assim sendo, embora a referida lei não tenha revogado o artigo 334 do Código Penal, retirou-lhe a aplicabilidade nos casos por ela previstos.

Outros, porém, entendem que a norma especial é a do descaminho, prevista no artigo 334 do Código Penal. A explicação reside no fato de que, enquanto os tipos penais previstos no artigo 1º da Lei nº. 8.137/90 referem-se à ilusão de qualquer tributo, o tipo penal do descaminho refere-se, especificamente, ao tributo de importação ou exportação, sendo, assim, específico em relação àqueles.

Destarte, tendo em vista a discussão acima exposta e considerando-se que ambos os dispositivos legais em questão versam sobre o recolhimento impreciso de tributos, cabe aplicar aquele que mais especificamente se amoldar ao caso concreto, utilizando-se, de qualquer forma, do princípio da especialidade. Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina:

*“Na hipótese em que uma única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas”<sup>319</sup>.*

*“A lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral. Entre a norma geral (gênero) e a especial (espécie) há uma relação hierárquica de subordinação que estabelece a prevalência da última, visto que contém todos os elementos daquela e mais alguns denominados especializantes”<sup>320</sup>.*

<sup>319</sup> STJ, 6ª Turma, HC 7.364, Rel. Min. Vicente Leal, j. 21.09.99, RSTJ 126/409.

<sup>320</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 2ª. ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

*“Por esse motivo, o fato específico eventualmente ocorrido, embora igualmente previsto no tipo genérico, apenas é regulamentado nos termos do dispositivo específico, conforme o princípio de que a lei especial derroga a geral, aplicado casuisticamente”<sup>321</sup>.*

Não obstante a semelhança existente entre o descaminho, delito fiscal, e os demais crimes de sonegação fiscal, é importante salientar que apresentam eles aspectos distintivos. Segundo Márcia Dometila de CARVALHO,

O descaminho diferencia-se dos demais delitos de sonegação encarado que é como ofensa a interesses comunitários e governamentais, desde quando desponta, numa sociedade politicamente organizada, a noção de soberania. Destarte, enquanto os outros delitos contra o Fisco são tipificados à medida que os governantes preocupam-se mais em intervir no domínio econômico, seja para melhor distribuição e aplicação das rendas comunitárias, seja para um eficaz desempenho da economia, o descaminho é antecipadamente visto como ofensa à soberania estatal, como entrave à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional em seu mais amplo sentido. Num confronto com as normas de Direito Tributário, se observa o comportamento dos governos relativo aos tributos ligados com o comércio exterior. Interesses extrafiscais, vale dizer, além da simples arrecadação, manifestam-se presentes nas leis em que fundados e pelas quais regulamentados estes tributos. A extrafiscalidade de similares tributos aparece clara quando o governo isenta, por exemplo, do imposto de exportação, determinados produtos, desistindo de fazer entrar numerário nos cofres públicos em busca de vantagem maior, *verbi gratia*, a entrada de divisas representadas pela moeda estrangeira mediante a qual se pagam os produtos exportados. Mais ainda, omitindo-se em taxar a exportação, o governo enseja, ao produtor nacional, a redução de seus custos, permitindo-lhe colocar o seu produto no mercado internacional a preços menores, em prejuízo dos concorrentes da mesma categoria. Enfim, o comércio exterior, a troca de bens e mercadorias entre as nações, foi sempre objeto de preocupação dos governantes, não importa se evoluído ou primário o agrupamento social. E não poderia ser diferente quando se enxerga, neste comércio, um instrumento de controle de economia interna, uma arma capaz de enfraquecer ou beneficiar outras nações, uma arma hábil, inclusive,<sup>322</sup> para a decisão de guerras, como mecanismo de ataque ou defesa<sup>322</sup>.

Pode-se considerar o descaminho, nesses termos, o “pai” dos crimes de sonegação fiscal, consistindo em um preceito que impõe a satisfação dos cargos aduaneiros, sempre que se exporte, importe ou consuma mercadorias, sem, contudo, com eles confundir-se, eis que, como vimos, um é o gênero do qual o outro é espécie.

<sup>321</sup> ANDREAS, Eisele. *Crimes contra a Ordem Tributária*, 2ª. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

<sup>322</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 5-6.

### 3.2.2 A independência entre o Procedimento Administrativo e o Processo Criminal

A independência das jurisdições penal e administrativa e, conseqüentemente, entre os processos criminal e administrativo foi, durante muito tempo, ponto controvertido na doutrina e na jurisprudência. Atualmente predomina o entendimento de que são esferas distintas e autônomas, não se negando, contudo, a influência que, em determinadas situações, uma exerce sobre a outra, de forma que, ainda, o tema continua despertando discussões<sup>323</sup>.

Cumpre salientar, inicialmente, que as infrações fiscais não se confundem com as infrações criminais. A mera “sonegação” do tributo devido pode não caracterizar “crime”, o qual só estará configurado com a presença de todos os seus elementos. A diferença reside, primordialmente, no elemento subjetivo, na culpabilidade do agente, de forma que, para a configuração do crime, deve-se perquirir o dolo; ao passo que para a caracterização de infração fiscal, basta o resultado<sup>324</sup>.

A infração fiscal, portanto, tem caráter meramente formal, configurando-se com a objetividade do fato (a ocorrência de prejuízo ao Fisco). Traz como resposta ao ilícito causado algumas sanções, consistentes basicamente na perda das mercadorias e multa. Aludidas sanções, justamente por não se tratar o ato praticado de “crime” propriamente dito, são aplicadas mesmo a quem não é o autor material do fato. Como diz Márcia Dometila Lima de CARVALHO, “a responsabilidade é puramente formal, não se admitindo escusa baseada em boa fé, em erro próprio ou de terceiro, ou mesmo na falta de qualquer intenção de lesar o Fisco”<sup>325</sup>.

As sanções administrativas são aplicadas por meio do processo fiscal respectivo, o qual se encontra regido pelo Decreto-lei n.º 1455, de 07 de abril

---

<sup>323</sup> Ressalte-se, a título de esclarecimento, que, em decorrência do tema da presente dissertação, o processo criminal será tratado tomando-se por exemplo a ação penal instaurada em decorrência da notícia, em tese, da prática das condutas tipificadas no artigo 334 do Código Penal. Da mesma forma, ao se falar em processo administrativo, está-se falando do processo fiscal instaurado pela Receita Federal quando da constatação de irregularidades relacionadas à importação/exportação de mercadorias proibidas e/ou sem o pagamento dos tributos devidos.

<sup>324</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>325</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem.*, p. 34.

de 1976, atualmente regulamentado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 100, de 22 de abril de 2002. Tem início com o “Auto de Infração”, acompanhado do “Termo de Apreensão”, cuja finalidade é a pena de perdimento, em favor da União, das mercadorias e dos veículos transportadores<sup>326</sup>. É ele de competência do Ministério da Fazenda, sob a responsabilidade da Secretaria da Receita Federal, a qual detém o papel principal na repressão ao contrabando. É de sua competência constitucional fiscalizar e controlar o comércio exterior, garantindo os interesses da Fazenda Nacional.

Constatado que o ilícito fiscal praticado configura também ilícito penal, uma vez que se amolda formalmente à descrição da conduta contida no tipo respectivo, previsto no Código Penal ou em leis especiais esparsas, a autoridade fazendária deve encaminhar ao juízo competente a chamada “representação fiscal para fins penais”, a qual, na órbita federal, encontra-se disciplinada pelos Decretos nºs 325/91 e 982/93.

Tocante à sua natureza jurídica, é pacífico que se trata de simples comunicação da existência de um fato criminoso e não de uma condição de procedibilidade da ação penal, conforme será mais profundamente tratado na próxima seção.

No entanto, durante muito tempo, entendeu-se que a apreensão fiscal era a base do processo criminal, sendo considerada uma preliminar necessária e indeclinável. Em 1899, o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que “o processo criminal só seria possível se houvesse processo administrativo julgado definitivamente”. Rui Barbosa, inclusive, manifestava-se nesse sentido, salientando que “a pena fiscal era o elemento necessário para a caracterização criminal do contrabando (descaminho) e, faltando tal elemento, inexistiria a entidade jurídica que ele deveria integrar”<sup>327</sup>.

Posteriormente a isso, já no ano de 1976, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 560<sup>328</sup>, manteve, de certa forma, esse entendimento, eis

---

<sup>326</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem.*, p. 36.

<sup>327</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem.*, p. 37.

<sup>328</sup> A questão atinente à Súmula 560 do STF será abordada adiante, vide infra, p. 164 e ss, e assim dispõe: “a extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art 18, parágrafo 2, do decreto-lei 157/67”.

que acabou por interligar ainda mais os processos administrativo e criminal. A aplicação dessa Súmula, no entanto, levou ao surgimento de várias questões de ordem prática que restavam sem soluções, não só no âmbito legal, mas também no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o que obrigava os juízes criminais a invadirem a esfera de atuação do juízo administrativo para resolver os problemas de caráter penal<sup>329</sup>.

Aludida posição, contudo, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial atualmente predominante, está ultrapassada. Entende-se que o processo criminal não pode se condicionar ao processo fiscal, eis que, para existir, não depende da instauração deste último. Ademais, enquanto o processo fiscal inicia-se com a apreensão das mercadorias, o processo criminal não está ligado a tal fato, podendo ser instaurado um processo criminal para apurar a prática dos crimes de contrabando e descaminho a partir de quaisquer indícios de materialidade e autoria de sua prática, não sendo imprescindível a existência do auto de infração e, tampouco, a apreensão das mercadorias.

A esse propósito, cumpre referir que é entendimento da jurisprudência que os crimes de contrabando e descaminho nem sempre deixam vestígios, não constituindo a apreensão da mercadoria elemento necessário à configuração típica da ação de descaminhar ou contrabandear<sup>330</sup>, conforme julgado abaixo proferido pela Segunda Turma do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi relatora a então Juíza Luíza Dias Cassales:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. PENAL. DESCAMINHO. EXAME DE CORPO DE DELITO.*

*1. A omissão na fundamentação não ocorreu, eis que, apesar de não ter sido mencionado o art. 158 do CPP, toda a discussão girou em torno desse dispositivo legal.*

*2. Não há contradição a ser reconhecida. **O crime de contrabando ou descaminho não deixa vestígios, não se exigindo, para sua configuração, o exame do corpo de delito direto, contudo, é indispensável prova documental de que a mercadoria apreendida é estrangeira, de importação proibida (contrabando), ou que ingressou no país sem o pagamento dos tributos nela incidentes.***

*3. Embargos de declaração parcialmente providos<sup>331</sup>.*

<sup>329</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>330</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 37.

<sup>331</sup> TRF/4ª Região, EDACR 8904014522/SC, Rel. Juíza Luíza Dias Cassales, Segunda Turma, 05/08/93, DJ 22.09.93, p. 38005.

Inegável que a apreensão das mercadorias é, de certa forma, importante prova para a caracterização do delito, eis que, a partir dela, é possível a realização de perícia apta a identificar a procedência efetiva das mercadorias e seu real valor. No entanto, como se expôs no segundo capítulo deste trabalho, a apreensão das mercadorias não é elemento normativo do tipo penal constante no artigo 334 do Código Penal, podendo restar configurados os crimes de contrabando e descaminho a partir de outros indícios.

De qualquer forma, em que pesem as confusões feitas em determinados momentos históricos entre as esferas administrativa e criminal, conforme brevemente se expôs acima, o Direito Brasileiro, como expõe CARVALHO, “encontra-se entre aqueles em que a divisória entre o crime e as infrações administrativas, de caráter aduaneiro, foi melhor fixada”. Em alguns países, não é incomum ocorrer confusão entre crime, contravenção e simples infração administrativa, o que no Brasil é diminuído em decorrência do fato de os delitos de contrabando e descaminho terem sido colocados no ‘estatuto penal máximo’<sup>332</sup>.

Reconhecemos, assim, respaldados pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, a independência e autonomia entre as esferas administrativa e criminal. Não obstante essa independência, é inegável que o procedimento administrativo em muito auxilia no desenvolvimento do processo criminal. Afinal, como expõe CARVALHO, é por meio das leis fiscais “que se irá verificar se a mercadoria, suspeita de ser produto de crime, teve a sua importação ou exportação proibida, no caso de contrabando propriamente dito, ou se eram ou não devidos tributos na modalidade do descaminho”<sup>333</sup>.

Complementa ainda a autora salientando que “nem sempre é fácil o reconhecimento do ilícito penal independentemente do fiscal, tornando-se clara, no entanto, a existência do crime quando se perquire o dolo, a intenção encoberta pela aparência de legalidade”<sup>334</sup>.

Destarte, considerando-se a importância que a lei fiscal assume ao auxiliar o aplicador da lei na verificação da presença dos elementos normativos do

---

<sup>332</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>333</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 39.

<sup>334</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 51.

tipo – até porque, como se expôs, o tipo penal do contrabando, ao trazer como elemento normativo “mercadoria proibida”, é norma penal em branco, que depende de complementação de outra norma –, é de se admitir, em determinados casos, a par da inegável autonomia e independência anteriormente defendidas, a interferência da esfera administrativa na esfera criminal, seja quando restar demonstrada que a mercadoria importada ou exportada não constava no rol das mercadorias proibidas, seja quando restar descaracterizada a existência do tributo, quer por seu pagamento, quer pela inexigibilidade do lançamento.

Assim, em se tratando de delitos aduaneiros, mormente crimes contra a ordem tributária, o esgotamento da esfera administrativa pode ser imprescindível à instauração de ação penal, existindo casos recentes em que esta foi suspensa ante a existência de recurso administrativo pendente de julgamento, bem assim em que o pagamento do tributo implicou a extinção da punibilidade.

Ressalte-se, desde logo, que as discussões atinentes à matéria foram acentuadas com a edição da Lei nº 9.430/96. Muitos foram os autores que passaram a ver, ante a disposição do artigo 83 daquela lei, o processo administrativo como verdadeira condição de procedibilidade à ação penal, questionando-se, à vista disso, a própria constitucionalidade da lei em questão. Outros sustentaram tratar-se de hipótese semelhante à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz; outros, ainda, entenderam consistir em condição objetiva de punibilidade, posição atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme adiante restará exposto.

### **3.2.3 O Artigo 83 da Lei nº 9430/96 como Questão Prejudicial da Ação Penal**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegurou aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, a imposição de tributos decorrentes de alguma atividade tributária/comercial pode ser contestada pelo sujeito a quem eles se dirigem, mediante a apresentação de recurso na esfera administrativa e/ou na esfera

jurisdicional. No primeiro caso, o objetivo almejado pelo suposto devedor é a desconstituição do lançamento ou da autuação e, no segundo, o reconhecimento jurídico da invalidade do lançamento e da autuação e, até mesmo, a desconstituição de obrigação tributária ou a redução de valores lançados<sup>335</sup>.

Tendo em vista, assim, a possibilidade de a existência do tributo, cuja elisão pode constituir a prática de uma infração penal, ser questionada pelo suposto “devedor”, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, ou, ainda, de ser este tributo quitado, mediante seu pagamento, surge, na instância criminal, o questionamento acerca da influência da decisão atinente à existência ou não do tributo para a caracterização do crime e, conseqüentemente, indagações acerca da necessidade de prévio esgotamento da via administrativa para o início da ação penal.

Tomemos, como exemplo, um processo criminal em curso que impute a alguém a prática do delito de sonegação fiscal. A concessão de moratória ou o surgimento de causa superveniente de inexigibilidade do tributo acabaria por desnaturar aquele delito, não se completando, por conseqüência, o tipo penal respectivo, pela ausência de um de seus elementos normativos que é o tributo.

Se a validade do tributo é questionada pelo contribuinte perante o Poder Judiciário, a questão encontra respaldo no artigo 93 do Código de Processo Penal<sup>336</sup>, que previu a possibilidade de suspensão da ação penal quando da existência de controvérsia a ser solucionada na esfera cível e da qual dependa, necessariamente, o seu julgamento, colocando esse instituto à disposição das partes e do próprio julgador, quando, “pelo princípio da verdade real, que prepondera em processos criminais, estivesse perplexo e, não podendo emitir decisão, devesse aguardar definição de questão prejudicial que viesse a eliminar ou não a acusação criminal”<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> CORRÊA, A. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>336</sup> *Verbis*: **Art. 93** “Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização de outras provas de natureza urgente”.

<sup>337</sup> CORRÊA, A. *Op. cit.*, p. 60.



Observe-se, no entanto, que aludido artigo faz menção apenas às decisões a serem proferidas pelo juízo cível e apenas quando já existir uma demanda em discussão naquele juízo (artigo 93 do CPP). Em momento algum refere-se aquele artigo às situações ainda não submetidas à apreciação do Poder Judiciário e que também implicam uma decisão do Estado, no caso, da Administração Pública, representada pelo órgão responsável pela cobrança e fiscalização do tributo em tese devido.

A propósito, foi exatamente desse modo que se manifestou o Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em parecer proferido no *Habeas Corpus* nº 81611-8/DF, negando, conseqüentemente, a necessidade de prévio exaurimento da esfera administrativa:

A circunstância de se estar a discutir, na instância administrativo-fiscal, o crédito tributário, esta circunstância, em si, não pode embargar o desenvolvimento da relação processual penal de instauração judicialmente admitida, com o correto reconhecimento da presença do 'fumus boni jurs' na denúncia, como formalizada.

Pode sim constituir-se – e aí está a garantia da plena defesa com o instrumento apropriado haurido na própria legislação processual penal – em questão prejudicial heterogênea facultativa, como dispõe o artigo 93, do CPP, que, e justamente por ser prejudicial, atacará o mérito da pretensão punitiva em decisão transferida a outro Juízo, porque especializado ao tema, mas jamais ao órgão administrativo, tal sucede com o conselho de contribuintes<sup>338</sup>.

Não obstante, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do *Habeas Corpus* acima referido, reconheceu, na confirmação de seu voto, que, muito embora não seja abarcada pelo art. 93 do Código de Processo Penal, a caracterização do curso do procedimento administrativo é sim uma questão prejudicial frente ao processo criminal:

Claro que, para ficar num ponto, atrai, à primeira vista, a caracterização do curso do processo administrativo até o lançamento definitivo como uma prejudicial heterogênea, embora muito heterogênea, porque a prevista no Código de Processo Penal é a pendência de outro processo judicial, e, aqui, se tem é um processo administrativo. Acontece que o grande problema, posto com uma clareza e uma dramaticidade invejáveis no voto do Ministro Nelson Jobim, é que, mal ou bem, a lei deu ao contribuinte o direito potestativo de impedir a ação penal pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia<sup>339</sup> e suspensão do processo para aguardar solução, embora no âmbito administrativo – isso me causa espécie –, de questão prejudicial heterogênea e implica suspensão de um processo

<sup>338</sup> STF, HC 81611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.10.03, DJ 10.12.03.

<sup>339</sup> Ressalte-se que o julgamento em questão refere-se a período anterior ao da edição da Lei nº 10.684/03, que retirou a limitação ao pagamento do tributo, consistente no recebimento da denúncia.

incurso, conseqüentemente, prévio recebimento da denúncia. De tal modo que, se ao final desta prejudicial administrativa heterogênea se concluir que o contribuinte deve um décimo daquilo que, inicialmente, lhe fora lançado, está ele impedido de exercer o direito potestativo, que, mal ou bem, lhe deu a lei, de impedir, de extinguir a punibilidade antes do processo pelo pagamento<sup>340</sup>.

As ponderações acima transcritas traduzem, na realidade, as dificuldades e divergências existentes acerca da exigência de esgotamento da instância administrativa e de sua natureza. Várias correntes surgiram, buscando explicar se o prévio exaurimento da via administrativa seria mesmo necessário para a propositura da ação penal no que concerne aos crimes de sonegação fiscal e, em caso positivo, qual a natureza que assume.

Observa-se, primeiramente, do exame de manifestações jurisprudenciais e doutrinárias concernentes a essa questão, que muitos confundem as figuras da prejudicialidade e da condição de procedibilidade, consoante será adiante tratado, o que repercute diretamente na conclusão acerca da exigibilidade ou não da conclusão do processo administrativo para a propositura da ação penal e nos efeitos criminais daí decorrentes.

A par das posições em contrário, adianta-se, desde logo, que os procedimentos intentados na esfera administrativa, visando à desconstituição do lançamento, geram efeitos na esfera penal, comprometendo o desenvolvimento regular e normal da relação jurídica penal tributária, de forma que o julgamento das demandas dali decorrentes dependerá, sim, do resultado alcançado administrativamente.

Reconhecer, portanto, a influência da decisão administrativa na esfera penal, uma vez que o reconhecimento da inexistência do tributo acaba por descaracterizar a infração penal, é considerá-la questão prejudicial ao julgamento da ação penal, extrapolando-se as hipóteses previstas pelo legislador no estatuto processual penal<sup>341</sup>.

Por questão prejudicial deve-se entender eventual impedimento, empecilho ao desenvolvimento normal e regular do processo penal, que condiciona as decisões acerca das questões prejudicadas, no caso, as sentenças de mérito.

---

<sup>340</sup> STF, HC 81611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.10.03, DJ 10.12.03.

Como salienta Antonio CORRÊA, a questão prejudicial é uma questão jurídica, “é um obstáculo e constitui um antecedente lógico-jurídico do crime. É uma questão de direito, colocada como antecedente lógico-jurídico daquela de direito penal que deverá solucionar o processo correspondente. Versa sobre uma relação jurídica particular e controvertida estranha ao processo penal”<sup>342</sup>. No dizer de GRECO FILHO, citado por Hugo de Brito MACHADO, questão prejudicial “é uma infração penal, ou uma relação jurídica civil cuja existência ou inexistência condiciona a existência da infração penal que está sob o julgamento do juiz”<sup>343</sup>.

Para que uma questão seja considerada prejudicial, a doutrina costuma apontar a presença dos seguintes elementos: anterioridade lógica (a questão prejudicada depende, logicamente, da prejudicial); necessariedade (essa dependência é, não apenas lógica, mas também essencial); e autonomia (a possibilidade de a questão prejudicial ser objeto de processo autônomo, distinto daquele em que figura a questão prejudicada)<sup>344</sup>.

Analisando-se os elementos acima elencados, verifica-se que, de fato, as decisões administrativas referentes à incidência ou não do tributo ou à sua constituição enquadram-se nessa hipótese. A autonomia é elemento inquestionável, pela própria natureza dessa decisão. A anterioridade lógica e a necessidade de se aguardá-la para a prolação da decisão final também, eis que o reconhecimento da inexistência do tributo descaracterizaria a própria existência do crime de sonegação fiscal.

Concluindo-se dessa forma, portanto, mostra-se aplicável, por analogia, a disposição do art. 93 do Código de Processo Penal às decisões administrativas daquele jaez. Está-se, no caso, diante de uma situação peculiar em que, embora desvinculada da atividade jurisdicional estatal, a decisão administrativa assume força semelhante.

As decisões administrativas atinentes à existência ou à extinção dos tributos, respectivamente pela desconstituição do lançamento e pelo seu

---

<sup>341</sup> Vide observação atinente ao artigo 93 do Código de Processo Penal, *supra*.

<sup>342</sup> CORRÊA, A. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>343</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 232.

<sup>344</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, 16ª ed., p. 217.

pagamento, constituem, portanto, questões prejudiciais ao julgamento de eventual ação penal instaurada para apurar a prática de um crime relacionado à omissão ou supressão de tributos devidos, ou seja, as discussões administrativas atinentes à exigibilidade ou não do tributo, bem assim à sua extinção, são motivos suficientes a descaracterizar o delito e importam, até seu julgamento final, a suspensão da exigência do tributo supostamente devido.

Vislumbrando-se, assim, a existência de uma questão prejudicial, conclui-se que, embora autônomas e independentes, consoante se expôs na seção anterior, a esfera administrativa exerce importante influência na esfera penal.

Esse fato foi observado pelo legislador pátrio quando da edição da Lei nº 9430, de 27 de dezembro de 1996<sup>345</sup>, que, em seu artigo 83, dispôs ser necessária a decisão final na esfera administrativa para o encaminhamento de representação fiscal ao Ministério Público<sup>346</sup>:

**Art. 83.** *“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.*

*Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”.*

O artigo 83 da Lei nº 9430/96, ainda vigente, ressuscitou as discussões atinentes à independência entre as esferas administrativa e penal,

<sup>345</sup> “Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências”.

<sup>346</sup> Não foi a primeira vez que o legislador tentou introduzir no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo desse teor. A última iniciativa foi feita no bojo do Projeto de Lei nº 126/95 (913/95 na Câmara dos Deputados), que resultou na Lei 9.249/95, tendo sido o dispositivo a respeito vetado pelo Presidente da República em face da sua contrariedade ao interesse público, conforme as seguintes razões: “Esse dispositivo é contrário ao interesse público por impedir atuação rápida do Ministério Público visando à instauração do processo penal, pois prevê que os órgãos fazendários só podem comunicar-lhe ocorrência de crime fiscal após o término do correspondente processo administrativo, o que, pelo espaço de tempo demandado em sua tramitação, terminaria por constituir elemento altamente estimulador do inadimplemento de obrigações tributárias e da prática de delitos da espécie”. Mensagem n. 1.532, de 26.12.1995. Naquela oportunidade, a redação encontrava-se vazada nos seguintes termos: “Art. 34, § 1º, Caberá a representação penal após julgamento do processo administrativo fiscal, quando neste forem apurados elementos caracterizadores do cometimento de crime em tese” (Conforme SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da, e CORRÊA, Paulo Fernando, Considerações sobre a Natureza Jurídica da Norma Prevista no Art. 83 da Lei 9.439/96, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 23, p. 147).

despertando as mais diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

A disposição daquele artigo, no entanto, não retira a conclusão a que chegamos anteriormente de que o prévio exaurimento da esfera administrativa constitui questão prejudicial para o julgamento final da ação penal. Contudo, em virtude, principalmente, da confusão que muitos fazem entre questão prejudicial e prejudicialidade, surgiram posições diversas, partindo do pressuposto de que tal dispositivo teria implementado uma nova condição de procedibilidade para a ação penal, o que não é verdade.

As figuras da prejudicialidade e da condição de procedibilidade são figuras que não se confundem. Aquela, seja em sua modalidade obrigatória, seja facultativa<sup>347</sup>, diz respeito à questão de direito material, ao passo que esta possui natureza eminentemente processual, podendo ser entendida como a circunstância jurídica que, enquanto subsistente, torna sobrestado o *jus persequendi in judicio* pertencente ao Ministério Público, realizável por intermédio da denúncia<sup>348</sup>.

A partir dessas considerações, podemos fazer uma análise da natureza do dispositivo trazido pelo artigo 83 da Lei nº 9430/96 e a forma como foi interpretada pela doutrina e pelos tribunais.

Uma primeira corrente entende, em decorrência da disposição legal acima referida, que o legislador criou uma condição de procedibilidade para a instauração da ação penal. Ou seja, segundo esse entendimento, o prévio exaurimento da esfera administrativa constitui condição de procedibilidade, não podendo ser a ação penal instaurada sem o esgotamento daquela esfera. Esse entendimento decorre, possivelmente, de uma interpretação advinda do Direito Penal Tributário Espanhol, no qual a representação da autoridade administrativa é assim considerada<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> Respectivamente, artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal.

<sup>348</sup> BARROS, Felipe Luiz Machado. A sonegação fiscal e a questão de prejudicialidade da ação penal. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3880>>, p. 2.

<sup>349</sup> No Direito Penal Tributário Espanhol, a representação dos agentes fiscais (delegados de hacienda) ao Ministério Público (chamado Ministério Fiscal) é considerada condição de procedibilidade: “Por no poder constituir autonomamente objeto de um processo extrapenal, la jurisprudencia del TS. Respecto de la denuncia de los Delegados de Hacienda Pública (...) ha entendido que tal denuncia constituía una condición objetiva de perseguibilidad y carecía del carácter

Para essa corrente, portanto, enquanto não estiver encerrado o procedimento administrativo, não há que se falar em ação penal, eis que, segundo defende, sem a conclusão do procedimento administrativo não haveria como se saber se o tributo, elemento normativo do tipo, era mesmo exigível e, conseqüentemente, se houve sua supressão ou redução.

Assim, segundo José Eduardo SOARES DE MELO, citado por Fábio Machado de Almeida Delmanto, “o simples fato de o fisco haver dado início ao processo não significa, de modo algum, que se esteja diante de um ilícito tributário de natureza criminal, com perfeita caracterização de responsabilidade penal da pessoa do infrator (criminoso)”. Para ele, ainda:

O sujeito passivo da relação tributária não pode ser condenado criminalmente no caso da própria Administração, ou Judiciário, declararem a inexistência de responsabilidade de natureza tributária, uma vez que a Lei n. 8.137/90 trata de crime de dano que envolve a materialidade concernente à falta de pagamento do tributo, e ‘dolo específico’ por parte do agente (...). A solução coerente é, sem dúvida, a de se considerar que a propositura da ação penal deve ficar condicionada ao julgamento definitivo da ação fiscal, na esfera administrativa. Somente depois que a Administração tiver certeza da ocorrência da sonegação do tributo, vale dizer, tiver certeza de que a ação do contribuinte teve por escopo evitar o pagamento de tributo devido, é que se justifica a propositura da ação penal (...). Não pode haver dúvida, portanto, de que a propositura da ação penal só é possível depois de feito, definitivamente, o lançamento tributário, sobretudo porque, com a Lei n. 8.137/90, o resultado passou a integrar o tipo penal. Sem tributo não pode haver o crime<sup>350</sup>.

Essa concepção, no entanto, defendida, dentre outros, pelo autor citado, Flávio Machado de Almeida DELMANTO, não pode ser acatada, eis que, entender-se o prévio exaurimento da esfera administrativa como condição de procedibilidade da ação penal implicaria fossem colocados em conflito direitos constitucionais.

De um lado, tem-se o direito do Ministério Público em formar livremente sua *opinio delicti* e de exercer o *jus persquendi*, sobretudo em se tratando de crimes de ação penal pública incondicionada, como os descritos na Lei n°

---

*prejudicial pues, que en absoluto se establece en dichos preceptos una cuestión prejudicial administrativa, ya que en ningún sitio se dice que previamente a la actuación judicial es preciso que las actuaciones administrativas hayan adquirido firmeza y no son cuestiones prejudiciales jurisdiccionales”* (CATENA, Víctor Moreno *et al.* *El Proceso Penal: Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*. Vol.I, *apud* BARROS, Luiz Felipe Machado, *Op. cit.*, p. 2).

8.137/90 e no artigo 334 do Código Penal. De outro, tem-se o direito de o contribuinte defender-se administrativamente, negando a ocorrência do ilícito tributário, sem o qual, como se expôs acima, não há crime<sup>351</sup>.

A partir disso, surge um segundo posicionamento que, confundindo prejudicialidade com condição de procedibilidade e vendo nesta uma afronta aos ditames constitucionais que outorgam ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal, entendem não ter o artigo 83 da Lei nº 9430/96 qualquer influência na ação penal.

Segundo essa corrente, o reconhecimento da necessidade de “representação” da esfera administrativa para a instauração, pelo Ministério Público, da ação penal, ou seja, reconhecer-se ser ela condição de procedibilidade, seria negar a natureza de *dominus litis* daquele órgão, o qual, ante a notícia da existência de indícios de materialidade e autoria de crime, não poderia agir, eis que teria que aguardar o encaminhamento da “representação fiscal” pela autoridade administrativa, o que contrariaria a disposição do artigo 129, I, da Constituição Federal.

Assim sendo, tal corrente, acertadamente, não admite ser a decisão final na esfera administrativa condição de procedibilidade para a propositura de ação penal; porém, confundindo-a com prejudicialidade, não reconhece que seja ela uma questão prejudicial.

Nesses termos, o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 teria como destinatários únicos e exclusivos os órgãos fazendários da Administração Pública Federal e Estadual, encarregando-se apenas de determinar o momento oportuno para a formulação da representação fiscal para fins penais. Conforme essa orientação, “tal norma possui *natureza jurídica essencialmente administrativa*, eis que o seu núcleo temático versa sobre matéria procedimental afeta tão-somente à atuação dos agentes da fiscalização tributária, quando, no exercício de suas atribuições legais, apurarem indícios de que o contribuinte realizou condutas que

---

<sup>350</sup> DELMANTO, F. M. de A. O Término do Processo Administrativo-Fiscal como Condição da Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, nº 22, abril-junho, 1998, p. 65-66.

<sup>351</sup> DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Idem*, p. 63.

encontram subsunção normativa na moldura dos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90<sup>352</sup>, ou em outros artigos que definem crimes contrários ao interesse arrecadador do Estado.

Adotando tal posicionamento, a linha predominante nos tribunais rechaçava por completo qualquer interferência da instância administrativa na criminal, mantendo a convicção de que aquela Lei não tinha o condão de alterar a natureza da ação penal dos crimes tributários.

Esclarecedor o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611-8/DF, no qual, embora conforme se verá adiante reconhece a existência de questão prejudicial, distanciando-se, assim, em parte, da corrente ora abordada, conclui não constituir, definitivamente, a previsão contida no artigo 83 da Lei nº 9.430/96 condição de procedibilidade:

De logo, como enfatizado no precedente pelo em. Ministro Celso de Mello (RTJ 165/53,59), porque os requisitos de procedibilidade não se presumem, mas reclamam expressa determinação legal, que não se contém naquele preceito: nele, somente se fixa o momento – a decisão final do processo administrativo-tributário – a partir do qual se faz obrigatória para a autoridade fiscal a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público<sup>353</sup>.

Tal norma, portanto, não se dirige ao Ministério Público, o qual continua sendo o *dominus litis*, titular exclusivo da ação penal pública. Critica-se, assim, a expressão utilizada pelo legislador, que empregou o termo “representação”, quando melhor seria utilizar-se do termo notícia-crime.

Conclui-se, com essa corrente, que o art. 83 da Lei n.º 9.430/96, ao estabelecer que “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27.12. 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”, não criou uma condição de procedibilidade para a ação penal. Estabeleceu, sem dúvida, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, limites para os órgãos da administração fazendária, sem restringir a ação do Ministério Público, que poderia

<sup>352</sup> SILVA, Aloísio Firmo da, e CORRÊA, Paulo Fernando. Considerações sobre a Natureza Jurídica da Norma prevista no Art. 83 da Lei 9.439/96, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 23, p. 148.



instaurar a respectiva ação penal pública antes de concluído o processo administrativo fiscal, à vista do que dispõe o art. 129, I, VI e VIII da Constituição Federal<sup>354</sup>.

Afinal, a atuação do Ministério Público é obrigatória, devendo agir tão-logo se forme a *opinio delicti* ou a suspeita de crime, a partir dos elementos que lhe são fornecidos pelo inquérito policial ou outro procedimento criminal. Até porque, e aí invocam os defensores dessa corrente a Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, “*é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal*”, não podendo, à vista disso, ficarem o Ministério Público e o Poder Judiciário à mercê da autoridade administrativa<sup>355</sup>.

O Min. Fláquer Scartezini, do Superior Tribunal de Justiça, compartilhando desse entendimento, ao julgar o Recurso Especial nº 17776-0-RS, assim entendeu:

*“O fato por si só de haver sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, precedida de depósito judicial, não constitui óbice à procedibilidade da ação penal por sonegação fiscal se os fatos, tal como descritos na denúncia, revestem-se, em tese, de ilicitude penal”*<sup>356</sup>

Da mesma forma pronunciou-se o Ministro Gilson Dipp, assinalando que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “firmou o entendimento de que a representação fiscal do art. 83 da Lei nº 9.430/96 não se constitui em condição de procedibilidade para a propositura da ação penal tributária, do que resulta a inexistência de qualquer óbice ao prosseguimento instaurado contra o paciente”, no julgamento do RESP nº 453861/SP, cuja ementa assim dispõe:

*“CRIMINAL. RESP. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO-CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL. NÃO-RECONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.*

*I - Não se conhece de recurso especial fundado em ofensa a dispositivo constitucional, que é matéria própria de Recurso Extraordinário, conforme dispõe o art. 102, III, “a”, da Carta Magna.*

<sup>353</sup> STF, HC 81611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.10.03, DJ 10.12.03.

<sup>354</sup> Tal entendimento também restou esposado no voto final dos julgados do STF, 1ª Turma, RHC 77.258/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.06.1998, Informativo n. 117, e STF, 2ª Turma, HC 75.723-5/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.11.1997, v. u., RT 751/540.

<sup>355</sup> DELMANTO, F. M. de A. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>356</sup> STJ, 5ª T., Resp 17.776-0-RS, DJU 20.03.95, in RBCCrim 10/258.

*II - O procedimento administrativo de apuração de débitos tributários não se constitui em condição de procedibilidade para a propositura de ação penal para a apuração de delito contra a ordem tributária.*

*III – Irresignação que merece ser provida para cassar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da ação penal instaurada contra o recorrido.*

*IV – Recurso parcialmente conhecido e provido<sup>357</sup>.*

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o Min. Félix Fischer, também se entendeu não ser a disposição do artigo 83 da Lei nº 9.430/96 condição de procedibilidade da ação penal, tendo em vista a independência das instâncias administrativa e criminal:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.137/90. VERIFICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.*

*I - Tendo os fatos descritos na exordial acusatória sido praticados sob a égide da Lei nº 8.137/90 se mostra imperiosa a sua aplicação.*

*II - O procedimento administrativo de apuração de débitos não se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, tendo em vista a independência entre as instâncias civil, administrativa e criminal.(Precedentes).*

*Habeas corpus denegado<sup>358</sup>.*

Igual entendimento foi esposado pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz no julgamento da Apelação Criminal nº 2001.04.01.083947-5/SC:

O comando expresso no art. 83 da Lei nº 9.430/96 ‘somente fixa o momento – a decisão final do processo administrativo-tributário – a partir do qual se faz obrigatória para a autoridade fiscal a remessa da *notícia criminis* ao Ministério Público’, não configurando, como demonstrou em seu voto o Ministro Sepúlveda Pertence, elemento condicionante da atuação ministerial. ‘O que decorre de ser a ação penal incondicionada’, advertiu o Ministro, ‘é que, uma vez implementada essa condição objetiva de punibilidade (constituição do crédito), não depende o MP para denunciar da representação fiscal, prevista na lei como simples dever de sua ocorrência<sup>359</sup>.

Elucidativo sobre o tema, outrossim, o exemplo trazido por Aloísio Firmo GUIMARÃES DA SILVA e Paulo Fernando CORRÊA:

A sonegação da espécie tributária objeto dos arestos supracitados ( = imposto de renda) foi perpetrada quando o contribuinte inseriu o valor constante do documento ideologicamente falso na declaração de rendimentos (apresentada no prazo estabelecido pela legislação de regência), conseguindo reduzir o valor do imposto devido. Neste momento, e não em período anterior (falsificação documental) ou posterior (lançamento definitivo), consumou-se o crime contra a ordem tributária,

<sup>357</sup> STJ, 5ª Turma, RESP 453861/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12.08.03, DJ 22.09.03, p. 353.

<sup>358</sup> STJ, 5ª Turma, HC 29602/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 21.09.04, DJ 03.11.04, p. 210.

<sup>359</sup> TRF-4ª Região, ACr nº 2001.04.01.083947-5/SC, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 30.06.04, DJU 14.07.04.

posto que reunidos todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I, do CP)<sup>360</sup>.

A disposição legal em exame, conforme entendimento dessa corrente, portanto, não impede o oferecimento da peça acusatória, tampouco exerce sobre a ação penal respectiva qualquer influência, não constituindo, pois, condição de procedibilidade<sup>361</sup>.

Ocorre, contudo, conforme se ressaltou acima, que não se pode confundir condição de procedibilidade com prejudicialidade e, em consequência, negar qualquer influência da decisão final administrativa na decisão da ação penal.

Importante acrescentar, a respeito, que aquela segunda corrente, em decorrência da confusão supracitada, aduz que a disposição do artigo 83 da Lei nº 9430/96 seria inconstitucional, o que não é compartilhada por uma terceira corrente, a qual, corretamente, entende consistir aquele dispositivo em uma questão prejudicial à instauração da ação penal respectiva.

Observe-se que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1571, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal entendeu, conforme a segunda corrente anteriormente referida, que a norma em questão dirige-se, na realidade, à autoridade administrativa, que passa, em razão dela, a ter o “dever” de encaminhar a representação fiscal ao Ministério Público, quando da constituição definitiva do crédito tributário, mas reconheceu sua influência ao se referir à inexistência de justa causa para a instauração de ação penal:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 83 DA LEI Nº 9.430, DE 27.12.1996. ARGÜIÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 129, I, DA CONSTITUIÇÃO. Notitia criminis condicionada à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para ação penal. O Ministério Público*

<sup>360</sup> SILVA, A. F. G. da, e CORRÊA, P. F. *Op. cit.*, p. 150-151.

<sup>361</sup> Até porque, e acrescentam os defensores dessa corrente, para a deflagração da ação penal somente se exigem a prova da materialidade delitiva e indícios da autoria, vigindo no limiar da ação penal o princípio *in dubio pro societate* (traduzido numa análise superficial do juiz sobre a plausibilidade jurídica da acusação – juízo de deliberação –, de molde a assegurar que ela não é produto da imaginação do seu subscritor, conforme explicam SILVA, A. F. G. da, e CORRÊA, P. F. *Op. cit.*, p. 151), de forma que nem mesmo na eventualidade da desconstituição do Auto de Infração poder-se-ia afirmar que a acusação penal tenha sido leviana ou temerária.

*pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita representação tributária, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. Improcedência da ação*<sup>362</sup>

Entendeu a Suprema Corte não ser aquele dispositivo inconstitucional, partindo do correto entendimento segundo o qual constitui ele uma “questão prejudicial”, que não se confunde com “condição de procedibilidade”.

Inconstitucional seria pensar-se justamente o contrário, eis que, dessa forma, se negaria ao contribuinte o direito que lhe assegura o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Negar a condição de “questão prejudicial” ao esgotamento da esfera administrativa nos crimes contra a ordem tributária, seria impor ao contribuinte um dilema:

Se discutir a imposição tributária, como lhe facultam a Constituição e as normas do Código Tributário Nacional, corre o risco de ter contra si a instauração de um processo criminal com todas as suas nefastas conseqüências. Se, para evitar tal constrangimento, resolve desistir do direito constitucional da ampla defesa, efetuando o pagamento do reclamado pela administração tributária, poderá vir a ter o patrimônio diminuído sem que pudesse ter minorado essa conseqüência. Vislumbra-se, então, outra ofensa à Constituição Federal na medida em que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal’ (art. 5.º, LIV). Essa cláusula implica que se aguarde o término do procedimento administrativo, para só então exigir-se a parcela do patrimônio a que o contribuinte está obrigado. Antes disso não parece lógico e jurídico instaurar-se uma ação penal<sup>363</sup>.

Assim, segundo o posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal e por nós defendido, não obstante o fato de a ação penal ser pública e incondicionada e de o Ministério Público ter, conforme garante a Constituição, “total liberdade” de formar sua *opinio delicti* e de exercer o *jus perseguendi*, não constituindo a representação a que se refere o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 condição de procedibilidade para a propositura da ação penal, o prévio esgotamento da via administrativa mostra-se imprescindível para o oferecimento de denúncia por crime contra a ordem tributária, eis que se constitui em verdadeira questão prejudicial. Nesse sentido, o recente julgado daquela Suprema Corte:

<sup>362</sup> STF, ADI nº 1571/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.12.03, p. DJ 30.04.04. Importante, sobre o tema, o seguinte trecho do voto do Em. Ministro Relator, em que ressalta que “*não define o art. 83 da Lei n. 9.430/96, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal pública, pelo Ministério Público, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrar a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente*”.

*“CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – MP – AÇÃO PENAL – VINCULAÇÃO À REPRESENTAÇÃO FISCAL – NÃO-OBRIGATORIEDADE – ADIN – CONSTITUCIONALIDADE.*

*1. Ação Direta de Inconstitucionalidade.*

*2. Art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.96.*

*3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. Notitia criminis condicionada ‘à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário’.*

*4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público.*

*5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita ‘representação tributária’, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo.*

*6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária.*

*7. Improcedência da ação”<sup>364</sup>.*

Salienta tal posição, primeiramente, que, justamente por se exigir apenas prova da materialidade e indícios de autoria para o oferecimento de denúncia, é que esses requisitos devem ser observados pelo Ministério Público ao oferecer uma denúncia por crime de sonegação fiscal. Nesse caso:

A autoria é atestada pela constatação da prática de uma conduta fraudulenta, imputada ao contribuinte, que, segundo a fiscalização tributária, importou na supressão ou redução do crédito tributário correspondente a determinada exação fiscal.

O aspecto material do delito, por seu turno, é comprovado pela autuação fiscal e demais peças de informação que acompanham a representação penal encaminhada pela Receita Federal, noticiando a ocorrência do fato delituoso e quantificando o montante do tributo suprimido ou reduzido. Vê-se, portanto, que a materialidade consiste simplesmente na documentação do atuar ilícito do contribuinte, com a exposição dos meios de provas coligidos pela fiscalização que legitimaram a lavratura do Auto de Infração<sup>365</sup>.

A partir daí, pode-se afirmar que o prévio exaurimento da esfera administrativa, embora não constitua condição de procedibilidade para a ação penal, apresenta-se como fundamental à definição da materialidade do delito e, conseqüentemente, à configuração do interesse de agir por parte do órgão acusador, carecendo de justa causa a ação penal<sup>366</sup>.

<sup>363</sup> SOUZA, Nelson Bernardes de. Crimes contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 18, p. 100-101.

<sup>364</sup> STF, Pleno, ADIn, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.12.03, DJU 03.09.04, p. 08.

<sup>365</sup> SILVA, A. F. G. da, e CORRÊA, P. F. *Ob. cit.*, p. 151-152.

<sup>366</sup> A respeito, vide inteiro teor do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 77002, perante o Pleno do STF, j. 21.11.01, p. DJ 02.08.02.

Assim, por exemplo, entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do *Habeas Corpus* 95.0103147-0/DF, em que foi relatora a então Juíza Eliana Calmon:

*“PENAL – HABEAS CORPUS – SONEGAÇÃO FISCAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – HIPÓTESE SUI GENERIS – Denúncia oferecida antes do pagamento do tributo e antecedendo o término do processo fiscal.*

*1. O tipo penal descrito no art. 1.º, da Lei 8.137/90, para que se possa configurar exige, obrigatoriamente, o término da apuração do agir do contribuinte na esfera tributária.*

*2. Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal – Carência de ação.*

*3. Examinando-se a questão do benefício outorgado pela Lei 8.137/90, verifica-se que a denúncia ante tempus, por via oblíqua, impediu que pudesse o paciente utilizar-se do favor fiscal.*

*4. Habeas corpus concedido”<sup>367</sup>.*

Igual entendimento foi esposado pelo Juiz Olindo Menezes, também do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando relator dos autos de *Habeas Corpus* nº 2003.01.00.030496-0/PA:

*“Já constitui um truísmo dizer que a instância penal independe da instância administrativa, na linha da Súmula nº 609 do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”, a dizer que prescinde de prévio procedimento administrativo como pressuposto processual de exercício.*

*A afirmação é correta em si mesma, mas a noção do Direito como sistema – conjunto de princípios harmônicos e interdependentes – lembra ao exegeta a necessidade de fazer as distinções impostas pelas circunstâncias do caso concreto.*

*Se o crime de sonegação fiscal é uma decorrência da infração tributária, pela qual o contribuinte indevidamente suprime ou reduz o tributo que tem a pagar, não faz sentido, no viés de uma política criminal civilizada, que seja processado (com possibilidade de condenação) por sonegação fiscal em virtude de um fato que a própria instância fiscal considerou imprestável como gerador de tributos, ou ainda não se manifestou conclusiva e definitivamente.*

*Pode o Ministério Público, em princípio, se dispuser de material informativo autônomo e suficiente, dar início à persecução penal, independentemente da existência ou do andamento do processo fiscal, mas, em determinados casos, quando os fatos são os mesmos, e especialmente quando o contribuinte impugna a materialidade da infração fiscal, é conveniente e justo que se aguarde o término da instância tributária, considerando-se ainda que, nos crimes tributários, como crimes materiais, a supressão ou a redução do tributo constituem elementares do tipo.*

*Mesmo em face do princípio da procedibilidade autônoma em sonegação fiscal, consagrado pela citada súmula<sup>368</sup>, seria o mais completo despautério que alguém pudesse ser condenado por um crime tributário e absolvido na órbita administrativo-fiscal por inexistência de infração fiscal,*

<sup>367</sup> TRF-1ª Região, HC 95.0103147-0/DF, Rel. Juíza Eliana Calmon, in SOUZA, N. B. de. *Op. cit.*, p. 95-96.

<sup>368</sup> Refere-se o julgador à Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, supra referida.

*tendo por lastro o mesmo fato. A existência da exigibilidade do tributo, por conseguinte, é uma questão prejudicial do processo penal, impondo a observância do preceito do art. 93 do Código de Processo Penal, até que se revolva, no âmbito administrativo-fiscal, a questão tributária*<sup>369</sup>.

A Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, também, no julgamento do *habeas corpus* n° 283.226/4, em que foi relator o Juiz Ricardo Lewandowski, assim se pronunciou:

*“Ora, esta 2ª Câmara, no hábeas corpus 269/96-01, já decidiu o seguinte: ‘A instauração de ação penal antes de constituído definitivamente o crédito tributário constitui constrangimento ilegal por ausência de justa causa.*

*A prudência, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e até razões de economia processual recomendam que se aguarde, nos delitos fiscais, o exaurimento da instância administrativa para, só então, desencadear-se o procedimento criminal’.*

*Argumentou-se, naquela oportunidade, que, embora o Colendo Superior Tribunal de Justiça tenha entendido, no Recurso de Hábeas Corpus 4.118-8-SP, relatado pelo eminente Min. Pedro Acioli, que, ocorrendo em tese o delito de sonegação fiscal, não é indispensável o prévio exaurimento da via administrativa, para o prosseguimento da persecutio criminis, aquela Corte reconheceu, no mesmo acórdão, que a instância penal e a administrativa se intercomunicam. (...)*

*Isto posto, pelo meu voto, considerando que não existe, por ora, justa causa para o prosseguimento do inquérito, concedo a ordem para trancá-lo*<sup>370</sup>.

Acrescente-se, ainda, que, por tratar a Lei n° 8137/90 de crimes materiais ou de dano, não há como se admitir a instauração de ação penal se o próprio crime que ela imputa não está com a sua materialidade comprovada, tendo em vista discussão pendente acerca da existência ou não dos tributos elididos. Em não existindo materialidade, não há que se falar em interesse de agir por parte do Ministério Público<sup>371</sup>.

O fundamento desse entendimento reside na inexistência de justa causa para a instauração da ação penal, eis que, “enquanto não houver o término do processo administrativo-fiscal, não haverá, por parte do Ministério Público, interesse de agir, importando em falta de justa causa para a ação penal”. Conforme explicam Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio SCARANCE FERNANDES e Antonio Magalhães GOMES FILHO, citados por Fábio Delmanto:

<sup>369</sup> TRF-1ª Região, HC n° 2003.01.00.030496-0/PA, Rel. Juiz Olindo Menezes, j. 03.03.04, p. DJ 26.03.04.

<sup>370</sup> TACrimSP, HC 283.226/4, j. 23.11.95, p. in RT 728/551.

<sup>371</sup> DELMANTO, F. M. de A. *Op. cit.*, p. 65.

O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a adequação do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual (...). Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento do pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (...). Mas a doutrina processual penal brasileira costuma apontar a justa causa (ou *fumus boni juris*) vista como idoneidade do pedido, como interesse de agir na ação penal condenatória<sup>372</sup>.

Destaca-se, ainda, como reforço ao posicionamento ora exposto, as lições de Francisco de Assis TOLEDO:

A ilicitude penal não se restringe ao campo do direito penal: projeta-se para o todo do direito. Por isso é que Welzel define a ilicitude como sendo 'a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo'. Disso resulta que um fato ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, pois um ato lícito civil, administrativo etc., não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal<sup>373</sup>.

Assim, se a conduta praticada, em decorrência do pagamento dos tributos devidos ou do reconhecimento de sua não-incidência, é considerada administrativamente lícita, descabe reconhecer ser ela um ilícito penal.

Parte essa concepção, portanto, da constatação de que o contribuinte, usando de seus direitos constitucionais e infraconstitucionais, pode impugnar a autuação administrativa, alegando a inexistência de tributo devido, questionando o auto de infração (ou o ato de lançamento), enfim, negando que praticou ilícito tributário, pressuposto do crime.

Paulo José da COSTA JÚNIOR, citado por Hugo de Brito MACHADO, assevera, acompanhando o entendimento acima esposado, que "se a norma penal tributária, para tipificar uma conduta, utiliza-se de conceitos normativos auridos do Direito Tributário, é esta disciplina que deverá ser consultada para precisar o alcance da norma"<sup>374</sup>. Importante para definir-se a questão que se saiba, assim, o exato momento em que surge o crédito tributário.

Para Antonio CORRÊA, o pagamento dos tributos ou a decisão por sua inexigibilidade apenas podem caracterizar a extinção da punibilidade penal do

<sup>372</sup> DELMANTO, F. M. de A. *Idem*, p. 71.

<sup>373</sup> TOLEDO, F. de A. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>374</sup> MACHADO, H. de B. *Op. cit.*, p. 235.



agente porque, pagos os tributos ou em não sendo eles exigíveis, não haveria que se falar em supressão ou redução dos impostos devidos em decorrência da prática de uma atividade comercial ou de exportação e importação. Conforme questiona Antonio CORRÊA:

Se um fato é típico pela ação finalista do sujeito ativo ou adotada a tese normativa pela correspondência entre a ação e o tipo, e em caso como este o Direito Tributário classifica-o como sujeito passivo da relação jurídica tributária, como examinar ou caracterizar referida ação se ocorre situação de inexigibilidade do crédito tributário, por motivos de ordem administrativa, como a concessão da moratória, do depósito integral do valor lançado para discussão e, judicialmente, pela concessão de liminar em mandado de segurança, depósito preparatório da ação ou mesmo consignação em pagamento visando a extinção do crédito tributário lançado?

A resposta, dada pelo próprio autor com respaldo no art. 13 de nosso Código Penal, reside no fato de que “a própria Administração Pública, concedendo a moratória ao devedor” (por exemplo), “como ato de império, acaba por descaracterizar o tipo penal”<sup>375</sup>, sendo descabido falar-se, portanto, em crime.

Entende-se, assim, que o tributo é elemento normativo do tipo, sem o qual a conduta não pode ser considerada típica. No entanto, os tribunais pátrios, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, ilustrada no julgamento do *Habeas Corpus* 81.611-8/DF, entenderam que o pagamento do tributo ou o reconhecimento, em procedimento administrativo, de sua inexigibilidade, implica a supressão de uma condição objetiva de punibilidade.

Sobre o tema, o Em. Ministro Sepúlveda Pertence, relator do *Habeas Corpus* 81.611-8/DF, acima mencionado, indagou-se algumas vezes, assim questionando:

Se se assenta a necessidade de aguardar-se a decisão administrativa final (quando não a de eventual processo judicial que a questione – poderia parecer necessário dar a palavra a penalistas e processualistas penais para saber se o acerto do crédito tributário, na estrutura do crime, constituiria elemento essencial do tipo ou condição objetiva de punibilidade e, em qualquer hipótese, se a pendência de processo administrativo ou judicial a respeito configuraria, ou não, questão prejudicial obrigatória<sup>376</sup>.

Entendeu por bem o Ministro Sepúlveda Pertence, ante a complexidade do tema, deixar de lado as discussões atinentes à tipicidade ou não

<sup>375</sup> CORRÊA, A. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>376</sup> STF, HC 81611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.10.03, DJ 10.12.03.

da conduta ante a desconstituição do lançamento na esfera tributária, admitindo-a, destarte, como condição objetiva de punibilidade:

“(...)

66. O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade - quando se cogita de crime de dano -, é a **eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte**: irrevisível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém - de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, **não haver suprimido ou reduzido tributo** devido - se possa imputar ou condenar por crime que tem, na **supressão ou redução do mesmo tributo**, elemento essencial do tipo.

67. Se a recíproca é verdadeira, em termos de tipicidade, não cabe, entretanto, levá-la às últimas consequências.

68. E dizer: admitir - em homenagem à alegada retroatividade do lançamento () - que a decisão final adversa ao contribuinte não é elemento do tipo, que só com ela se consumaria, não vale, em contrapartida, por afirmar que, antes dela, se possa instaurar o processo por crime de dano contra a ordem tributária.

69. Impõe-se aqui uma reflexão de ordem sistemática, além daquela a que procedeu com lucidez o Ministro Jobim, e sem prejuízo dela.

70. O art. 146, III, b, da Constituição remeteu à lei complementar "estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre (...) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários".

71. O Código Tributário Nacional, posto que editado em 1966, tem-se consensualmente como recebido, no tópico, pelos subsequentes textos constitucionais, incluído o vigente.

72. Nele, como visto - malgrado surja a obrigação tributária do fato gerador (art. 113, § 1º) - o crédito tributário só é constituído pelo lançamento - susceptível de revisão, porém, mediante "impugnação do sujeito passivo" (art. 145, III), manifestada a qual só ao termo do procedimento ou processo administrativo se terá por definida a existência e o conteúdo da relação tributária, pondo fim à "incerteza objetiva, resultante da simples potencialidade de uma contestação", como elucida o mestre Alberto Xavier.

73. De tudo resulta que, enquanto pendente o processo administrativo, essa **incerteza objetiva** sobre a existência e o conteúdo da obrigação remanescerá.

74. Ora - dadas, de um lado, a competência privativa da Administração fiscal para "constituir o crédito tributário" e, de outro, que o crime definido no art. 1º da L. 8.137 pressupõe a existência de tributo - **rectius**, do crédito tributário - que, mediante uma das condutas prescritas, o agente antes houvesse logrado "suprimir ou reduzir" -, não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto, a respeito, não opere, pelo menos, o efeito **preclusivo** da decisão final do processo administrativo.

75. Não se trata - é imperativo notar - de subordinar a denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência: seria imperdoável retrocesso relativamente à autonomia do direito da ação, pilar de todo o Direito Processual moderno.

76. Cuida-se, sim, de hipótese extraordinária - posto que não única -, em que, quando não a tipicidade, a punibilidade da conduta do agente - malgrado típica - está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.

77. Por isso - se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária - a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das **condições objetivas de punibilidade**.

78. A legitimidade dessa categoria das condições objetivas de punibilidade, sabidamente, não é aceita sem resistências na doutrina penal, sobretudo

pela erosão, que dela pode advir, na linha do art. 44 do Código Penal italiano, de princípios do Direito Penal da Culpa ().

79. Não obstante, penso - afastados os casos em que seria possível a sua inserção no tipo, para, conseqüentemente, reclamar-se a sua compreensão nas raias da culpa do agente -, que há, sim, espaço para a admissão de verdadeiras condições objetivas de punibilidade, inconfundíveis com os elementos do tipo.

80. "A punibilidade" - ensinou o douto e saudoso Roberto Lyra Fº () - "enquanto conseqüência do crime, deriva-se, normalmente (...) da conduta típica, pois a punibilidade nada mais é que a aplicabilidade da pena, ou seja, a possibilidade jurídica de impor a sanção" (**Antolisei**).

81. Mas - afora as hipóteses de isenção de pena (v.g., CP, art. 181) - anotou - "Noutras hipóteses, há condicionamento de punibilidade, isto é, a punibilidade só advirá quando um elemento posterior à conduta típica acrescentar-se, para determinar as conseqüências penais".

82. O exemplo de que se serve Lyra Filho é feliz - o do art. 122 C. Pen. - no qual, embora aperfeiçoado o crime com o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio, "simplesmente tentado, não é punível, quando não sobrevem, pelo menos, lesão corporal de natureza grave".

83. Mas - porque, na hipótese aventada, o tipo é de mera conduta - prefiro recordar outro caso de condição objetiva de punibilidade, geralmente indicado pela doutrina e melhor assimilável à espécie: o da sentença de falência, em relação aos crimes falimentares, inclusive os de dano ().

84. A equação é semelhante à da espécie: nesta - sempre no suposto da sua retroatividade -, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado.

85. Não obstante, a sua punibilidade - pelas razões sistemáticas antes apontadas - estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado de ofício ou em virtude da impugnação do contribuinte ou responsável: só então o fato - embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada a sua tipicidade - se tornará punível.

86. Até então, por conseguinte, a denúncia será de rejeitar-se, nos termos do art. 43, III, C. Pr. Pen., por "faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

87. É certo que, em conseqüência, se estará a erigir uma decisão administrativa em condicionante da instauração de um processo judicial.

88. Autores de vulto chegam, por isso, a identificar, na espécie, uma questão prejudicial obrigatória ().

89. Sem tomar de logo compromisso com a equiparação da decisão administrativa discutida às questões prejudiciais **stricto sensu** (C.Pr.Pen., arts. 92-94), a semelhança é patente: a diferença é que, nessas últimas, a decisão subordinante estará também confiada ao Poder Judiciário, ao passo que aqui se cuidaria de subordinar a abertura do processo a uma decisão do Poder Executivo.

90. A circunstância não me parece decisiva: tenho a pretensão de haver demonstrado no voto-vista proferido na Extr 793-QO - que, de tais situações, não resulta ofensa ao princípio fundamental da separação e independência dos poderes, mas, ao contrário, o respeito a ele.

91. Assim, no caso, trata-se, na verdade, é de não usurpar a competência **privativa** da Administração para o ato de constituição do crédito tributário (CTN, art. 142), sujeito ele mesmo, de resto, ao controle judicial de sua validade, quando se lhe anteponha pretensão de direito subjetivo violado do contribuinte<sup>377</sup>.

<sup>377</sup> STF, HC 81611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.10.03, DJ 10.12.03.

Deixou a Corte Suprema assentado, por maioria de votos, portanto, que, nos crimes contra a ordem tributária, a decisão definitiva do processo administrativo constitui condição objetiva de punibilidade, sem a qual a denúncia não pode ser recebida, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da autoridade fiscal, cuja existência ou o montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo. Decidiu, também, que, em razão desse fato, o prazo prescricional restaria suspenso enquanto obstada a definitividade do lançamento em razão dos recursos do contribuinte.

Posteriormente ao julgamento do *habeas corpus* 81.611-8/DF pelo Plenário do Pretório Excelso, em 10 de fevereiro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, em decisão também da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, concedeu *habeas corpus* de ofício, em favor de contribuinte em relação ao qual havia sido ofertada denúncia, por crime definido no art. 1º da Lei nº 8.137/90, sem que se tivesse aguardado o resultado definitivo no âmbito administrativo:

Tratando-se de recurso extraordinário criminal, a ausência de prequestionamento não impede a concessão de *habeas corpus* de ofício quando a ilegalidade é flagrante e implica constrangimento à liberdade de locomoção. Com base nesse entendimento, a Turma, embora negando provimento a agravo de instrumento por ausência de prequestionamento, deferiu *habeas corpus* de ofício para anular, desde a denúncia, inclusive, o processo instaurado contra o condenado pela prática de crime contra a ordem tributária, cuja denúncia fora recebida antes de emitida a decisão final quanto ao crédito tributário em sede administrativa. Aplicou-se a orientação firmada pelo Plenário, no julgamento do HC 81.611/DF (julgado em 10.12.2003, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 286, 326 e 333), no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, não se podendo afirmar o montante da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa<sup>378</sup>.

Luiz Flávio GOMES critica essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida pelos demais tribunais, salientando que a condição objetiva de punibilidade caracteriza-se por não alterar a configuração típica da conduta, sendo-lhe, contrariamente, exterior e fundamentando-se em razões de política criminal. A constatação, ou não, da existência de tributo devido constitui, como reconhece GOMES, “o cerne do delito de sonegação fiscal, tema que se vincula, ..., com a tipicidade. Enquanto não decidido definitivamente (pelo fisco) se o

<sup>378</sup> STF, AI 419.578/SP, Informativo STF nº 336, de 9 a 13.02.2004, p. 4.

tributo é devido ou não, em jogo está a própria existência (materialidade) do crime. Nessas situações jamais se justifica a propositura imediata de ação penal”<sup>379</sup>.

Por outro lado, a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal pode ser explicada pela natureza da extinção de punibilidade previstas nas leis fiscais, quando do pagamento do tributo devido<sup>380</sup>.

De qualquer forma, entenda ser a extinção do tributo causa de exclusão da tipicidade ou condição objetiva de punibilidade, é inegável que o prévio exaurimento do procedimento administrativo mostra-se relevante para o desfecho da ação penal, devendo ser entendido, não como uma condição para sua procedibilidade, mas como espécie de “questão prejudicial”<sup>381</sup>.

Conforme salienta Nelson Bernardes de SOUZA, “parece nítida a existência de uma questão prejudicial. Não é o Juiz Criminal que vai afirmar a existência de tributos ou contribuições *reduzidos* ou *suprimidos*. Somente a autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN, poderá dizê-lo. E assim o fará após o término do procedimento administrativo”<sup>382</sup>.

Na verdade, com a decisão administrativa que impõe a obrigação tributária extraem-se, desde logo, suficientes indícios de materialidade e presunção administrativa de legitimidade. No entanto, qualquer discussão atinente à exigibilidade ou mesmo ao valor do tributo devido naqueles casos é capaz de pôr em dúvida a existência daqueles indícios. De qualquer forma, discordando parcialmente do autor acima citado, embora o exaurimento da esfera administrativa seja questão prejudicial, não é, como já dissemos, condição de procedibilidade, de forma que não se pode excluir a possibilidade de, se necessário, o próprio juiz criminal discutir o cabimento da hipótese tributária nos próprios autos de ação penal, em vista do princípio da verdade real, sob pena de, não o fazendo, quando provocado ou mesmo de ofício, se entender da leitura dos autos que há indícios suficientes de

---

<sup>379</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Crimes Tributários e Encerramento do Recurso Fiscal*, in Notícias Forenses.

<sup>380</sup> Sobre o assunto, ver RÍOS, Rodrigo Sánchez, *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>381</sup> Em sentido contrário, entendeu o Des. Federal Tadaaqui Hirose, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 2004.04.01.049719-0/RS, j. 11.11.04, in *DJU* 19.11.04, p. 500-501.

<sup>382</sup> SOUZA, N. B. de. *Op. cit.*, p. 99.

irregularidade na constituição do crédito tributário, aí sim haver indevida interferência – e mesmo subordinação – de uma esfera à outra.

Assim, o exaurimento da esfera administrativa não é – sob pena de inconstitucionalidade, como se disse – condição de procedibilidade à instauração da ação penal, configurando-se em questão prejudicial, nos moldes como dispõe o artigo 93 do Código de Processo Penal. Destarte, o que se impede enquanto estiver pendente a discussão acerca da exigibilidade do tributo na esfera administrativa é a prolação da decisão de mérito, autorizando aquele dispositivo, inclusive, a antecipação da produção das provas, caso necessário. Se, no entanto, o que se discute na esfera administrativa pode ser objeto de decisão pelo próprio juiz criminal, a ele mesmo cabe o julgamento da questão, a qual não deixará de ser, por causa disso, questão prejudicial, configurando aquilo que se chama de “questão prejudicial homogênea”. Nesse sentido, expôs Eduardo Reale FERRARI:

Pragmaticamente, parece-nos que a solução a ser conferida para tormentosa discussão já presente na nossa atual legislação penal e processual penal, bastando reconhecer-se a dívida tributária como verdadeira questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal... a controvérsia, portanto, quanto à existência ou não do tributo, conduz à instauração de uma prejudicial ao mérito da ação penal, cabendo ao julgador suspender o processo criminal enquanto não decidida a questão tributária, nos termos do art. 93 do CPP. Concomitante à suspensão do processo criminal, razoável será a suspensão da prescrição procedimental nos termos do art. 116 do CP, não fazendo sentido possibilitar-se o andamento da prescrição penal quando presente uma prejudicial<sup>383</sup>.

A partir daí, portanto, inevitável concluir-se pela prejudicialidade da instância administrativa em detrimento da instância penal, “eis que a eventual afirmação da veracidade do documento pela autoridade fiscal, ensejando o cancelamento do Auto de Infração”, por exemplo, “desfigurará a existência do delito anteriormente imputado ao agente (não houve redução do tributo), conduzindo à improcedência da ação penal”<sup>384</sup>.

Ainda, outra questão deve ser aqui também considerada: se o agente, conforme reconhecemos, pagando o tributo, tem sua punibilidade extinta, nada mais justo que sabia ele exatamente qual é o valor que tem de pagar. Dessa forma, impugnado o auto de infração e, na hipótese de rejeição a essa impugnação,

<sup>383</sup> SOUZA, N. B. de. *Idem*, p. 100.

<sup>384</sup> SILVA, A. F. G. da, e CORRÊA, P. F. *Op. cit.*, p. 151.

interposto recurso perante o conselho de contribuintes, a decisão final daquele órgão também deve ser aguardada para a instauração da ação penal, eis que, se o recurso administrativo for julgado procedente, o agente pode proceder ao recolhimento do tributo, agora em um montante menor, e, nesses termos, ver extinta sua punibilidade penal. Assim, a pendência na esfera administrativa de discussão atinente ao valor do tributo devido também deve ser considerada questão prejudicial para o julgamento da ação penal respectiva.

Não se está a questionar, aqui, a independência existente entre as instâncias penal e administrativa. Como se disse, a ação penal por delitos contra a ordem tributária e também pelos crimes de contrabando e descaminho é de natureza pública incondicionada, o que, como se expôs, não restou alterado pelo art. 83 da Lei nº 9430/96. Não está o Ministério Público impedido de oferecer denúncia antes do término daquele procedimento. Falta-lhe, porém, o interesse de agir, decorrente da não-comprovação do resultado descrito no tipo penal, inexistindo, conseqüentemente, justa causa para a ação penal, de forma que o juiz, caso tenha sido oferecida denúncia, deverá rejeitá-la, na forma do art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal. Nos processos criminais em andamento, é possibilitada ao juiz a suspensão do processo, eis que, como se desenvolveu nesta seção, em consistindo o procedimento administrativo questão prejudicial, deverá incidir também nesses casos a disposição do artigo 93 do Código de Processo Penal, com a conseqüente declaração da suspensão do curso da prescrição penal, conforme artigo 116, I, do Código Penal<sup>385</sup>.

Concluimos, assim, com Hugo de Brito MACHADO, para quem:

Admitir-se a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, sem que a autoridade administrativa competente tenha dito existente o próprio objeto do cometimento ilícito, é excluir o direito do contribuinte de ter apurada na via própria a existência da relação tributária, e feita a sua correspondente quantificação econômica. Sobretudo agora, quando o pagamento do tributo, antes da denúncia, extingue a punibilidade, é evidente que o contribuinte tem o direito de ter regularmente apurada a existência, e determinado o valor do tributo, antes da denúncia, para que possa, se quiser, exercer o seu direito de extinguir a punibilidade, pelo pagamento.

Admitir-se, portanto, a ação penal, antes da decisão definitiva da autoridade administrativa, afirmando a existência, e determinando o montante do tributo, é admitir a ação penal como verdadeiro instrumento de coação para compelir o contribuinte ao pagamento de tributo indevido. Todos sabem dos

<sup>385</sup> SOUZA, N. B. de. *Op. cit.*, p. 96 e 101.

gravames, sobretudo no plano moral, que o envolvimento em uma ação penal representa.

(...) é evidente que a ameaça da ação penal, antes mesmo que a autoridade administrativa decida a respeito da impugnação feita pelo contribuinte a um auto de infração, constitui forte e inadmissível instrumento de coação, que contraria flagrantemente a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo fiscal<sup>386</sup>.

Cumpre verificar, contudo, adequando-se o tema ora abordado com aquele objeto da presente dissertação, se essa questão prejudicial deve ser reconhecida também nas ações penais relativas aos crimes de descaminho e contrabando.

Considerando os crimes de contrabando e descaminho, conforme se disse anteriormente, delitos aduaneiros e, em consequência, delitos econômicos, inegável a existência da prejudicialidade e a conseqüente necessidade de esgotamento prévio da esfera administrativa. Ora, se o descaminho exige, para sua configuração, a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, parece lógico que, em se reconhecendo a extinção do imposto devido ou sua inexigibilidade, descaracteriza-se a incidência penal.

Alguns doutrinadores, contudo, ainda mantêm o entendimento de que, face às diferenças anteriormente apontadas entre os delitos de contrabando e descaminho e os demais crimes contra a ordem tributária<sup>387</sup>, a existência de discussão acerca do débito na esfera administrativa não seria empecilho para a instauração de ação penal.

Para Paulo José da COSTA JR., por exemplo, nenhuma das práticas delitivas cominadas no art. 334 do Código Penal acha-se subordinada a qualquer questão prejudicial no âmbito administrativo. O processo criminal, portanto, ao contrário do que se alega, não dependeria de uma condição objetiva de punibilidade ou de procedibilidade, consistente na verificação prévia do contrabando ou descaminho em sede administrativa, não ficando, portanto, condicionado à prévia decisão administrativa<sup>388</sup> ou à existência do flagrante, uma vez que serão admitidas outras provas, se irrefutáveis e idôneas.

<sup>386</sup> MACHADO, H. de B. *Op. cit.*, p. 236.

<sup>387</sup> Vide *supra*, p. 116-123.

<sup>388</sup> COSTA JR., P. J. da. *Op. cit.*, p. 723.



Esse entendimento, durante algum tempo, foi acompanhado pelos tribunais pátrios, conforme antiga decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o então Min. Nelson Hungria:

*"RECURSO DE "HABEAS CORPUS"; SEU DESPROVIMENTO. O crime de contrabando ou descaminho não tem como condição de punibilidade a intervenção administrativa da autoridade alfandegária. Momento da consumação"<sup>389</sup>.*

Sem dúvida, não se exige, para a instauração de investigação criminal penal tendente a apurar a prática, em tese, dos crimes de contrabando e descaminho, a apreensão das mercadorias e a lavratura do respectivo auto pela autoridade fazendária. De toda a sorte, em sendo apreendidas tais mercadorias e estimado o valor supostamente devido pelo agente – sujeito passivo da relação tributária –, poderá este questionar, seja na esfera administrativa, seja mesmo na esfera judicial, sua efetiva existência, ou, eventualmente, até pagar os valores devidos, o que, inegavelmente, descaracterizaria a incidência penal em comento.

A bem da verdade, o Decreto nº 2.730/98<sup>390</sup>, em seu art. 1º, II, ao regulamentar o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.96, estabeleceu que idêntico procedimento deve ser observado quando constatados indícios de prática dos crimes de contrabando e descaminho:

**Art 1º** *"O Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal, para os fins do art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese:*

*I - crime contra a ordem tributária tipificado nos arts. 1º ou 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990;*

*II - crime de contrabando ou descaminho".*

**Art 2º** *"Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se:*

*I - mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento;*

*II - aplicada, administrativamente, a pena de perdimento de bens, estiver configurado em tese, crime de contrabando ou descaminho".*

<sup>389</sup> STF, RHC 36819, Rel. Min. Nelson Hungria, j. 22.06.59, p. RTJ vol. 10212, p. 1297-1298.

<sup>390</sup> "Dispõe sobre o encaminhamento ao Ministério Público Federal da representação Fiscal para fins penais de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996".

O descaminho, que é o tipo penal imputado aos casos em que deveria ser pago um determinado tributo, representa, em verdade, fraude do contribuinte no pagamento de imposto devido à Fazenda. Pressupõe a ocorrência da hipótese de incidência do imposto, fazendo exsurgir a relação obrigacional tributária entre o contribuinte e o Fisco, que não vem a ser adimplida, vez que, aquele, usando de artifícios, logra ludibriar este, quanto à existência do crédito. Consiste, assim, o crime de descaminho, na ação praticada pelo contribuinte à pretensão de enganar o erário, no que pertine ao recolhimento do imposto. Exige-se, portanto, da mesma forma que os delitos previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, para a tipificação do crime, a conduta do agente no sentido de iludir o Fisco quanto ao pagamento do imposto. Em consequência, à caracterização do crime de descaminho, “há de ficar comprovado, nos autos, que o agente, de algum modo, usou de artifício para iludir a Fazenda e, assim, conseguiu deixar de pagar o imposto devido”<sup>391</sup>. Destarte, aos crimes de descaminho e contrabando, este em sua modalidade relativa, deve ser observada a prejudicialidade existente quando pendente ainda decisão na instância administrativa.

A propósito, merecem transcrições os seguintes julgados, respectivamente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da 4ª Região:

*“PENAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – CRIME DE CONTRABANDO – INGRESSO DE VEÍCULO NO PAÍS SOB REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA – ILÍCITO FISCAL SUPERVENIENTE PELA PERMANÊNCIA DO VEÍCULO ALÉM DO PRAZO CONCEDIDO – ILICITUDE FISCAL AFASTADA POR DECISÃO JUDICIAL – NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME – RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Se o veículo estrangeiro ingressou no país regularmente, não se pode imputar a terceiro a prática de delito de contrabando, eis que não foram iludidos quaisquer impostos devidos quando da internação no país.*

*2. Não se instaura ação penal com base em mera suspeita sem qualquer respaldo probatório, de que o ingresso mediante admissão temporária visava fins fraudulentos.*

*3. A ilicitude fiscal superveniente, com a permanência do veículo no país, gera efeitos na esfera administrativa. Afastada por decisão judicial a ilicitude administrativa, não se justifica a instauração da ação penal.*

*4. Recurso ministerial improvido”<sup>392</sup>.*

*“DIREITO PENAL E PROCESSUAL. ARTIGO 334 DO CP. CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO USADO. DOLO. NÃO-*

<sup>391</sup> SILVA JR., Walter Nunes da. A Descaracterização do Crime de Descaminho embasado apenas na Inexistência de Comprovação do Recolhimento do Imposto de Importação. *Revista dos Tribunais*, v. 706, p. 440.

<sup>392</sup> TRF-3ª Região, RCCR 93030286685/SP, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, Segunda Turma, j. 25.06.96, DJ 31.07.96, p. 529796.

### CARACTERIZAÇÃO.

1. Além do requisito objetivo - procedência estrangeira da mercadoria – para a perfectibilização do ilícito insculpido no artigo 334 do CP é necessária a presença do elemento subjetivo do tipo, circunstância ausente nos autos. Os veículos, embora de origem paraguaia, eram utilizados pelo acusado em constantes viagens entre Brasil e Paraguai, uma vez que possui residência nos dois países, não havendo provas de que agiu com a intenção deliberada de atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal.

2. Absolução mantida<sup>393</sup>.

Importante salientar, contudo, que, atualmente, a Jurisprudência Pátria entende que o pagamento do tributo devido nos casos de descaminho não ensejaria a extinção de punibilidade, não existindo, para os delitos previstos no artigo 334 do Código Penal, qualquer questão prejudicial, como, recentemente, entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. ART. 334 DO CPB. INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDOTA DE CADA UM DOS ACUSADOS: DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE.*

*I - A jurisprudência do STF tem afirmado, em diversos precedentes, que não é inepta a inicial acusatória que, nos chamados "delitos societários", atribui a prática infrativa a todos os sócios, genérica e indistintamente, sem descer aos detalhes relativos à participação de cada um deles na cena delituosa.*

*II - A propositura de ação penal para apuração de crime de contrabando e/ou descaminho não se submete a qualquer questão prejudicial de natureza administrativa-tributária porquanto as esferas administrativa e penal são autônomas e independentes entre si.*

*III - Em se tratando do delito do art. 334 do CPB, o pagamento dos tributos não enseja a extinção da punibilidade.*

*IV - Ordem denegada<sup>394</sup>.*

Ocorre que, conforme se reconheceu no presente trabalho, o descaminho é delito econômico, cuja tipificação, atualmente, volta-se ao interesse arrecadador do Estado. Destarte, em ocorrendo o pagamento de um tributo devido, falece ao Estado o interesse de agir, eis que inócua, no caso, qualquer lesão ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, discordando do entendimento majoritário hoje veiculado pelos tribunais pátrios, tenho que, também aos delitos de descaminho e contrabando (este em sua modalidade relativa) deve ser reconhecida a existência de questão prejudicial quando pendente na esfera administrativa discussão acerca da exigibilidade do tributo devido.

<sup>393</sup> TRF-4ª Região, ACr nº 2002.72.08.004271-8/SC, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, j. 18.02.04, DJ 26.02.04, p. 371.

<sup>394</sup> TRF-1ª Região, HC 01000036664, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, j. 03.08.04, DJ 10.09.04, p. 23.

Resolvida a questão atinente à natureza da exigibilidade do prévio exaurimento da esfera administrativa para a instauração da ação penal, importante discorrer, na seqüência, acerca da figura da extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal, introduzida, em vários momentos sucessivos, pelo legislador brasileiro, em decorrência do pagamento do tributo devido.

Na próxima seção, portanto, pretende-se abordar a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal e, paralelamente, nos crimes de contrabando e descaminho, traçando o histórico das legislações atinentes ao tema, bem assim as diversas posições assumidas por nossos Tribunais, ilustrando, assim, as controvérsias geradas e ressaltando as diversas opiniões existentes acerca do tema.

### **3.2.4 Extinção da Punibilidade prevista nas Leis Fiscais e a Posição dos Tribunais Pátrios**

Observa-se, na atual orientação legislativa, a identificação de condutas lesivas a bens jurídicos supra-individuais de natureza econômica (ordem tributária, seguridade social, meio ambiente etc.), decorrente, como se expôs, do implemento do Direito Penal Econômico, e, paradoxalmente, o estabelecimento de mecanismos legais tendentes à extinção da punibilidade destas condutas<sup>395</sup>, o que vem a reforçar ainda mais a conclusão a que chegam alguns autores ao identificar no direito penal um instrumento forte e persuasivo do Estado para a arrecadação de tributos.

Esses mecanismos legais consistem em novas causas de extinção da punibilidade, antes não previstas nas legislações – extrapolando-se, assim, aquelas indicadas no artigo 107 do Código Penal –, atreladas à própria atuação do direito penal em setores onde anteriormente não se exigia sua presença<sup>396</sup>.

Enquanto as causas de extinção de punibilidade tradicionais visam impedir a aplicação da pena, surgindo antes do início da ação penal ou após a sentença penal condenatória, essas novas causas de extinção de punibilidade

---

<sup>395</sup> RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas...*, *Op. cit.*, p. 13-14.

<sup>396</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 14.

requerem do agente um comportamento posterior e reparador do dano causado. Segundo Rodrigo Sánchez RÍOS, as recentes causas de extinção da punibilidade podem ser definidas “como circunstâncias legais por meio das quais o agente, uma vez praticado o delito, realiza um comportamento positivo e reparador do dano visando à extinção da punibilidade de sua conduta”<sup>397</sup>.

Dessa forma, ainda consoante os estudos de RÍOS, para se obter o fundamento da impunidade destas novas causas extintivas – baseadas em comportamentos positivos posteriores à infração da norma – é imprescindível a referência à figura da desistência voluntária, eis que, consoante salienta o autor, “a natureza jurídica da desistência voluntária ocorre nos moldes de uma causa de exclusão da pena. Realizado o injusto culpável da modalidade tentada, nega-se, por diversos motivos, a punibilidade”<sup>398</sup>.

Fundamenta-se, assim, a extinção da punibilidade na figura da desistência voluntária, atentando-se ao fato de que nesta a impunidade encontra-se assente em critérios jurídico-penais, ao passo que, na fundamentação daquela, prevalecem interesses extrapenais. De qualquer forma, os interesses extrapenais – dos quais destaca-se no caso em estudo aqueles de política fiscal – presentes nas novas causas de extinção da punibilidade, deveriam ser compatíveis com os critérios jurídico-penais, quais sejam, a voluntariedade e a reparação atreladas aos fins da pena, o que não se verifica, uma vez que foram elas instituídas, unicamente, com o objetivo de conferir maior arrecadação aos cofres públicos<sup>399</sup>.

De outra parte, o “comportamento pós-delitivo positivo (CPP), nas causas de extinção (supressão) da punibilidade”, encontra seu fundamento na reparação do dano, a qual assume dentro do sistema penal, por razões de política criminal, uma inovadora função. Segundo RÍOS:

O delito é, além de uma grave agressão a um bem jurídico penalmente protegido, o fundamento da obrigação de reparar o dano. Embora não seja possível negar esta separação de instâncias, a referida separação não impede uma reflexão acerca da contemporânea dimensão da reparação do dano no âmbito penal com resultados na esfera civil. Desse modo, o núcleo individualizado de efeitos de política criminal estará na reparação do dano

---

<sup>397</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 20.

<sup>398</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 55.

<sup>399</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 56-57.

como espécie de prestação voluntária capaz de extinguir, atenuar ou substituir uma pena privativa de liberdade<sup>400</sup>.

A partir dessas considerações, pode-se concluir, assim, que as causas de extinção de punibilidade previstas para as infrações fiscais têm a mesma natureza jurídica que a desistência voluntária, fundamentando-se na reparação do dano e atuando como institutos de exclusão da pena.

Conforme expusemos na seção anterior, o pagamento dos tributos devidos ou a decisão administrativa reconhecendo sua inexistência consistem em questões prejudiciais ao julgamento da ação penal instaurada em decorrência de sua sonegação, descaracterizando a configuração do crime. Há quem entenda, consoante se referiu, que o pagamento ante referido exclui a própria tipicidade da conduta. Não obstante, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, entendendo tratar-se de condição objetiva de punibilidade, coaduna-se mais à natureza da extinção da punibilidade prevista em lei para tais casos.

Afinal, “nas causas de extinção ou liberação da pena, a presença de um comportamento pós-delitivo positivo ‘reparatório’ afeta unicamente a punibilidade, restando intacto o campo do injusto e da culpabilidade. O resultado prático é a supressão da punibilidade”<sup>401</sup>.

A punibilidade, segundo Heleno Cláudio FRAGOSO, como já expusemos no segundo capítulo deste trabalho, “não é característica geral do crime ou, se se quiser, elementos do crime, mas sua consequência. Porém, é indispensável à existência do delito. Pode haver crime que não seja eventualmente punido (morte do réu, prescrição, decadência etc.), mas não pode haver crime que não seja um fato punível”<sup>402</sup>. A realização de um fato anteriormente previsto na lei como delito acarreta, portanto, em punibilidade da conduta praticada pelo autor. Essa punibilidade pode ser vista em abstrato (cominação da pena) e em concreto, com a efetiva aplicação da sentença penal condenatória<sup>403</sup>. Destarte, existirão situações em que, embora a figura abstrata se realize, o delito não poderá ser punido em concreto.

---

<sup>400</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 77.

<sup>401</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 93.

<sup>402</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*, p. 216.

<sup>403</sup> RÍOS, R. S. *Das causas... Op. cit.*, p. 24.

Assim, a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos devidos afetaria unicamente o âmbito da punibilidade, mantendo a figura do injusto penal, na forma como vem entendendo nossa Suprema Corte<sup>404</sup>. Até porque os requisitos das condições objetivas de punibilidade podem cumprir-se antes, durante ou depois da execução do fato, “sem que isto tenha relevância na hora de determinar o momento da consumação do delito que é independente do cumprimento da condição”<sup>405</sup>.

A origem dessa causa de extinção de punibilidade decorre, segundo entendimento de Márcia Dometila Lima de CARVALHO, da *oblazione* prevista na legislação italiana. Segundo ela, tal instituto era aplicável apenas às contravenções e, nesse aspecto, distanciou-se o Direito Pátrio, que o introduziu a todo e qualquer modalidade de delito, independentemente da sanção nele cominada. Esse instituto, segundo Giuseppe BETTIOL, citado pela autora, transformaria “um ilícito penal num ilícito meramente administrativo”<sup>406</sup>.

Para Rodrigo RÍOS, “a raiz do instituto de extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário encontra-se no ordenamento jurídico alemão, especificamente na ‘Legislação Tributária’ (*Abgabenordnung* – AO) de 1977 e atualmente vigente. (...) Este instituto também recebe a denominação de ‘autodenúncia liberadora de pena’, aplicando-se nos casos de prévia ocorrência de fraude tributária descrita no § 370 do mesmo diploma legal”<sup>407</sup>. Muito embora tenha servido de inspiração à legislação brasileira, a extinção da punibilidade por esta trazida está longe daquele viés originário, eis que relativizou sua fundamentação jurídica – que deveria ser amparada na teoria da desistência e na reparação do dano –, podendo ser aplicada mesmo diante da consumação do crime fiscal, por meio do pagamento integral após o esgotamento da via administrativa ou da via criminal, tomando-se por base a legislação atualmente em vigor<sup>408</sup>.

Esclarecidos, superficialmente, a natureza e o fundamento da extinção da punibilidade prevista em decorrência do pagamento do tributo devido,

<sup>404</sup> RÍOS, R. S. *Idem*, p. 40.

<sup>405</sup> CABANA, Faraldo *apud* RÍOS, R. S. *Idem*, p. 123.

<sup>406</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>407</sup> RÍOS, R. S. *Das causas...*, *Op. cit.*, p. 138.

<sup>408</sup> Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

importante traçar, brevemente, seu desenvolvimento histórico, analisando sua aplicabilidade, além dos crimes contra a ordem tributária, aos crimes de contrabando e descaminho.

A extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos foi primeiramente introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 4729, de 1965, que tipificava os crimes de sonegação fiscal<sup>409</sup>. Segundo o artigo 2º daquele diploma legal, extinguiu-se a punibilidade dos crimes ali previstos quando o agente promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início na esfera administrativa a ação fiscal própria.

Esse entendimento, segundo CARVALHO, decorria da concepção segundo a qual seria mais importante o ressarcimento à Fazenda Pública dos prejuízos sofridos do que a própria punição do delinqüente<sup>410</sup>, entendimento este que permanece até hoje, eis que o enfoque dado ao instituto da extinção da punibilidade tem por fundamento, como se expôs, tão-somente questões político-fiscais, cujo escopo é uma maior arrecadação, quando, na realidade, deveria tomar por parâmetro seus fundamentos primordiais, que são os critérios jurídico-penais<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> “É certo que mesmo antes da Lei 4.729/65 (o art. 11 da Lei 4.357/64, em seus §§ 1º e 2º, erigiu em causas de extinção da punibilidade da apropriação indébita pelo não recolhimento de tributos descontados pela fonte o recolhimento, antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal, dos débitos correspondentes) inseriu-se no Direito Penal a controvertida modalidade, surgindo posições divergentes na doutrina, defendendo-a grandes nomes como Ives Gandra e Paulo José da Costa Júnior e detratando-a outros não menos festejados como Manoel Pedro Pimentel e Heleno Cláudio Fragoso” (cf. LOTT, H. *Op. cit.*, p. 3).

<sup>410</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>411</sup> A respeito, oportuno e interessante o esclarecimento feito por RÍOS, Rodrigo Sánchez: “Procede a assertiva de uma inexistência de concordância entre os fins político-fiscais com os de política criminal. Ao se estabelecer uma causa extintiva da punibilidade, o legislador expressamente manifesta que, em relação à determinada conduta delituosa, não há necessidade de aplicação de uma pena por estarem ausentes – ou notavelmente diminuídos – seus fins de prevenção geral e especial. Na aplicação desta prerrogativa, após a realização de um comportamento retificador positivo posterior ao delito, corrige-se a violação da norma e reafirma-se perante a coletividade a vigência desta, cumprindo, desta forma, as imposições da prevenção geral da pena. Ao reparar o dano, o agente demonstra um retorno à legalidade e, portanto, carece de efeitos a prevenção especial de eventual medida punitiva.

Da forma como está regulamentada a extinção da punibilidade no nosso sistema normativo, prevalece o fundamento político-fiscal sobre os critérios jurídico-penais vinculados aos fins da pena. Na prática, torna-se mais vantajoso esperar ser denunciado pelo Ministério Público para então realizar o pagamento, pois basta efetuar-lo para obter este privilégio. *In casu*, o fim da prevenção geral é desrespeitado e, perante a sociedade, torna-se uma ‘vantagem’ direcionada para determinado estamento social, questionando a própria reafirmação social da norma penal. Idêntica situação ocorre com a prevenção especial, uma vez que não se comprova, em nenhum momento, o retorno à legalidade de quando o comportamento reparador é feito coativamente e longe dos moldes exigidos para uma conduta voluntária positiva posterior ao delito”. *Op. cit.*, p. 156.



A extinção de punibilidade introduzida pela Lei n° 4729/65, segundo entendimento da Jurisprudência, não abrangia os crimes de contrabando e descaminho, eis que, aquela lei não se dirigia a esses delitos, apenas trazendo em seu artigo 5° novas hipóteses delituosas ao artigo 334 do Código Penal, acrescentando-lhe as condutas assemelhadas em seu parágrafo único, e, por essa razão, atingindo, no que referia à extinção de punibilidade, apenas os crimes de sonegação fiscal tipificados por aquele diploma legal.

Interessante colacionar o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado no ano de 1970, que bem retrata a posição jurisprudencial à época:

*“CONTRABANDO. SUA DIFERENÇA DA SONEGAÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. LEI N 4.729, DE 1965.*

*A faculdade de extinguir a punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho; está restrita à sonegação fiscal definida na lei. Recurso desprovido”<sup>412</sup>.*

Dois anos após, em 1967, foi editado o Decreto-lei n.º 157<sup>413</sup>, que em seu artigo 18 e parágrafo 2° previa:

**Art. 18.** *“Nos casos de que trata a Lei n. 4729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei n. 62, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-lei, ou não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade de primeira instância.*

*(...)*

**§ 2°.** *Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo”.*

Começou-se a discutir, a partir daí, se, contrariamente, este Decreto-lei seria aplicável aos crimes de contrabando e descaminho, eis que, em seu parágrafo segundo, previa qualquer conduta consistente na elisão do pagamento de

<sup>412</sup> STF, RHC 48271/DF, Rel. Min. Adaucto Cardoso, j. 23.09.70, DJ 04.12.70 e RTJ v. 55371.

<sup>413</sup> O Decreto-lei n. 157/67 foi editado pelo Presidente da República a partir das disposições contidas no Ato Institucional n. 4, de 07.12.66, que o incluía dentre suas atribuições. Contudo, discussões acerca de sua constitucionalidade restaram resolvidas com a Súmula 496 do STF que entendeu que “são válidos porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os Decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967 (Cf. artigo 177, inciso III, da atual Constituição Federal de 1967)”.

tributos, na qual se enquadra o crime de descaminho e o de contrabando em sua modalidade relativa.

Essa conclusão objetiva, propiciada pelo dispositivo legal em referência, no entanto, deu ensejo a inúmeras discussões, dividindo-se doutrina e Jurisprudência, parte entendendo que a extinção da punibilidade ali referida apenas se aplicaria aos tipos assimilados de contrabando e descaminho, criados pela Lei n.º 4.729/65, mas não ao *caput* do artigo 334, e parte entendendo que o art. 18, § 2º, estendeu a causa extintiva de punibilidade a quaisquer crimes que consistissem em evasão tributária<sup>414</sup>.

Essas posições contrárias são bem retratadas nos dois acórdãos a seguir transcritos, proferidos, em épocas contemporâneas, pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais foram relatores, respectivamente, os Ministros Eloy da Rocha e Bilac Pinto:

*“EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A extinção da punibilidade, prevista no art. 2, da l. 4.729, de 14.7.1965, e no art. 18, e parágrafo 2, do d1.157, de 10.2.1967, pelo recolhimento do tributo devido, restringe-se à sonegação fiscal definida na lei, não se estendendo aos crimes de contrabando ou descaminho. Recurso extraordinário provido, para cassação de habeas corpus”*<sup>415</sup>.

*“DESCAMINHO. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. EXTIÇÃO DA PUNIBILIDADE. D1. N. 157/67. O pagamento do tributo, no crime de descaminho definido na Lei n 4.729, de 1965, é causa extintiva de punibilidade. Aplicação do parágrafo 2 do art. 18 do D1. n 157, de 1967, que não se acha modificado pelo D1. n 399, de 1968. Recurso extraordinário conhecido e desprovido”*<sup>416</sup>.

Em decorrência dessas discussões, o Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1974, editou a Súmula 560<sup>417</sup>, assumindo o posicionamento segundo o qual a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157/67, também se estenderia aos crimes de contrabando e descaminho.

A edição da Súmula 560, contudo, contribuiu ainda mais para o acirramento das discussões. Primeiramente, como ressalta CARVALHO, porque seu

<sup>414</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>415</sup> STF, RE 74676/PA, Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 27.11.72, DJ 31.08.73.

<sup>416</sup> STF, RE 76071/RN, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 06.03.74, DJ 06.09.74.

<sup>417</sup> *Verbis*: “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157, de 1967”.

enunciado abrange tanto o delito de descaminho quanto o de contrabando, de forma que, com relação a este, em se tratando de mercadorias de importação e exportação proibidas, não há que se falar em tributo a pagar. A redação da Súmula, sob esse aspecto, seria imprópria<sup>418</sup>.

Em segundo lugar, questionava-se a possibilidade de o pagamento dos tributos e multa devidos em decorrência de uma operação fiscal colidir com a pena de perdimento das mercadorias aplicada administrativamente, implicando um locupletamento ilícito do Fisco, tendo em vista a aplicação simultânea da tributação e da perda da mercadoria, que, segundo alguns entendimentos, corresponderia a um *bis in idem*:

*“PENAL. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.*

*Permanecendo em vigor a sumula 560-STF, o pagamento do tributo devido extingue a punibilidade pelo crime de descaminho. Entender o contrário seria cumular a penalidade fiscal – multa – com a penal, ocasionando um “bis in idem”<sup>419</sup>.*

No entanto, conforme exposto no segundo capítulo desta obra, a pena de perdimento da mercadoria possui natureza administrativa, não guardando qualquer relação com o processo criminal, eis que, para a ocorrência dos ilícitos de contrabando e descaminho, não se faz necessária a apreensão das mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas.

Na Jurisprudência, diversas foram as opiniões acerca da possibilidade de convivência ou não entre a pena de perdimento das mercadorias descaminhadas<sup>420</sup> e o pagamento dos tributos e multas devidos<sup>421</sup>, até que a

<sup>418</sup> Em função, justamente, de o crime de contrabando vir contido na Súmula 560, muitos Tribunais, para lhe conferir maior propriedade, passaram a entender que a referência ao crime de contrabando diria respeito, na verdade, àqueles casos de contrabando relativo (anteriormente mencionados), nos quais a proibição da entrada da mercadoria do país não se dá de forma permanente, mas temporária, e, cessando o período da proibição, tornar-se-ia, assim, exigível o tributo devido. Essa posição, contudo, também gerou inúmeras críticas doutrinárias. A respeito, vide CARVALHO, M. D. L. de, *Op. cit.*, p. 57-58.

<sup>419</sup> TRF-2ª Região, HC nº 91.02097605/RJ, Rel. Juiz Silvério Cabral, j. 13.12.91, DJ 25.06.92, p. 18848.

<sup>420</sup> A pena de perdimento era prevista pelo Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Entretanto, com a edição do Decreto-lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, particularmente o disposto em seu artigo 5º<sup>420</sup>, o Fisco permitiu a naturalização das mercadorias ao invés de sua perda, desde que o tipo em questão se referisse, obviamente, ao descaminho. Essa nacionalização dar-se-ia pelo lançamento dos tributos cabíveis que, quando pagos, permitiam ao infrator o recebimento da mercadoria. Posteriormente, com o advento do Decreto-lei nº 1455, de 07 de abril de 1976, foi revogado aquele dispositivo legal, eis que o art. 23 deste Decreto-lei passou a considerar dano ao

questão restou sumulada pelo Tribunal Federal de Recursos, com a edição da Súmula 92:

*“O pagamento dos tributos para efeito de extinção da punibilidade (Decreto-lei n.º 157, de 1967, artigo 18, § 2.º; STF, Súmula 560) não elide a pena de perdimento de bens autorizada pelo Decreto-lei n.º 1.455, de 1976, artigo 23”.*

Paralelamente a essas disposições legais, cumpre lembrar, no entanto, que, em decorrência da Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal, o Fisco, mediante ordem judicial, era obrigado, independentemente do tipo penal incidente, a calcular os tributos e multas correspondentes às mercadorias apreendidas e que deram origem a inquérito policial, tendo em vista a possibilidade de o indiciado, mediante o pagamento dos valores devidos, ter extinta a sua punibilidade.

Ressalte-se que, em 1978, tentou-se corrigir essa questão, editando-se o Decreto-lei n.º 1.650, de 19 de dezembro, objetivando pôr termo final à dita Súmula. Afirmava, em seu art. 1º, que o disposto no art. 18, parágrafo único, do DL nº 157/67, “não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal”. Entretanto, a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.650 foi declarada pelo TFR (*DJU* 18.6.80) e também pelo Supremo Tribunal Federal, eis que, segundo este, aquele Decreto-lei, “dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos arts. 8º, inciso XVII, letra ‘b’, e 43 do Estatuto Fundamental”<sup>422</sup>.

Cedeu-se, então, espaço à Lei nº 6.910, de 27 de maio de 1981, estabelecadora de restrições ao fim da punibilidade, pelo pagamento do tributo, nos casos de descaminho e contrabando.

A inaplicabilidade do art. 18, § 2º, do Decreto-lei n.º 157/67, foi sustentada por inúmeros juristas à época, dentre os quais podemos citar Miguel

---

erário as várias infrações relativas às mercadorias importadas irregular e clandestinamente, sujeitando-as novamente à pena de perdimento (CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 60).

<sup>421</sup> TFR, HC 4.727-BA, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, *DJU* 05.11.80, p. 9077; TRF, MS 86.159-DF, Rel. Min. Jarbas Nobre, *DJU* 25.08.80, p. 6179.

<sup>422</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Op. cit.*, p. 61.

REALE JUNIOR, para quem aquele dispositivo teria em vista apenas as várias modalidades de apropriação indébita, por equiparação, previstas na Lei n.º 4357/64.

No entanto, como sua aplicação era prevista em Súmula, buscavam-se soluções de ordem prática que não fossem de encontro ao princípio da independência do processo fiscal, o qual proibia a devolução da mercadoria pelo pagamento dos tributos e multas, admitindo, como única sanção fiscal, a pena de perdimento<sup>423</sup>.

Nas decisões de primeira instância da Justiça Federal, especialmente em São Paulo, surgiu uma corrente que entendia exigível apenas o montante calculado como tributo para decretar-se a extinção da punibilidade. As multas caberiam apenas quando da vigência do Decreto-lei n.º 399/68, a título de nacionalização das mercadorias descaminhadas, permitindo a sua devolução e afastando a pena de perda. Sustentando esse entendimento, referia-se que a redação do Decreto-Lei n.º 157/67, no tocante às multas, estaria superada pelo Decreto-lei n.º 1455/76. O pagamento dos tributos, sob esse entendimento, valeria apenas como causa da extinção da punibilidade, sem qualquer repercussão na esfera fiscal<sup>424</sup>.

Conforme expõe CARVALHO, o pagamento dos tributos, na forma e finalidade como era exigido, “apresentava-se com uma feição desfigurada, constituindo mais uma sanção do que um encargo fiscal propriamente dito, já que não resultante de crédito tributário legalmente constituído”<sup>425</sup>.

E, particularmente no que concerne ao crime de descaminho, pelo menos duas eram as contradições constatadas no texto do artigo 18 e seu parágrafo 2º do Decreto-lei n.º 157/67. Afinal, dele se inferia que o pagamento dos tributos devidos, a ser efetuado antes da ação penal, ficaria sujeito a prazos fixados pela repartição competente para o respectivo depósito. No entanto, no processo fiscal relativo à apreensão das mercadorias descaminhadas, inexistem prazos para o recolhimento de tributos, eis que não são exigíveis quaisquer tributos ou multas. Ademais, considerando-se que a própria jurisprudência já havia se firmado pela

---

<sup>423</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 62-63.

<sup>424</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 64.

<sup>425</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, *ibidem*.

desnecessidade da apreensão das mercadorias decorrentes da prática, em tese, do crime de descaminho, consoante anteriormente exposto, não haveria como calcular os tributos devidos, senão mediante a exibição da mercadoria descaminhada. Dessas duas contradições ora apontadas, decorreu uma questão que permaneceu sem solução: “ficava o sujeito ativo com a punibilidade extinta porque o não-pagamento do tributo independeu da sua vontade, ou poderia ser iniciada a ação penal pela impossibilidade do pagamento do tributo no caso em concreto?”<sup>426</sup>

Em 1981, interpretando o art. 2º da Lei n.º 4729/65 e o art. 18, § 2º, do Decreto-lei n.º 157/67, editou-se, precisamente em 27 de maio, a Lei n.º 6.910, a qual dirimiu a maioria das dúvidas levantadas e sanou as distorções instituídas pela Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal, ao prever, em seu artigo 1º, que “o disposto no art. 2º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal”.

Destarte, novamente, retirou-se a possibilidade de se ver extinta a punibilidade do agente nos crimes de descaminho pelo pagamento do imposto devido:

*“PENAL: DESCAMINHO - 334, PAR. 1, D, DO CP.*

*I – Confirma-se r. sentença que, confortada na prova, infligiu pena mínima ao acusado, deferindo-se-lhe a suspensão condicional de seu cumprimento.*

*II – Com o advento da Lei 6910/81, ficou vedada a extinção da punibilidade em decorrência do pagamento de tributo, antes de instaurada a ação penal. Tal configura, apenas, causa de redução da pena (art. 16, do CP).*

*III – Apelação conhecida, mas improvida.”<sup>427</sup>*

Posteriormente, nova experiência foi feita pela Receita Federal, objetivando o recebimento dos tributos de importação de carros estrangeiros que houvessem ingressado irregularmente no País, editando os Decretos-Lei n.ºs 2446 e 2457/88, com os quais se passou a, novamente, admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento do imposto devido nos crimes de descaminho, restringindo-a, contudo, a dois bens específicos:

**Art. 1º** *“Terão sua situação fiscal regularizada, nas condições previstas neste Decreto-Lei, os produtos abaixo relacionados, de origem ou*

<sup>426</sup> CARVALHO, M. D. L. de. *Idem*, p. 65.

<sup>427</sup> TRF-2ª Região, ACr n.º 90.02107030, Rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 05.12.90, DJ 05.03.91.

*procedência estrangeira, que hajam ingressado no território nacional até a data de sua publicação, sem observância das exigências legais:*

*I - veículo automotor;*

*II - bem de capital, incorporado ao ativo permanente de pessoa jurídica, ou por esta utilizado, ainda que sobre procedimento fiscal*<sup>428</sup>.

**Art. 1º** *“Fica prorrogado, até 10 de outubro de 1988, o prazo de que trata o caput do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.446, de 30 de 8 junho de 1988.*

*§ 1º Nenhum procedimento criminal será instaurado ou terá seguimento contra quem tenha requerido a regularização fiscal de que trata o Decreto-Lei referido neste artigo, enquanto não decidido o pedido, observado o disposto no parágrafo seguinte.*

*§ 2º O pagamento dos valores devidos nos termos do § 1º do art. 2º do aludido Decreto-Lei importa a extinção da punibilidade dos correspondentes ilícitos penais*<sup>429</sup>.

Com isso, por mais uma vez, a Jurisprudência reverteu seu entendimento:

*“PENAL. DESCAMINHO. RECOLHIMENTO POSTERIOR DOS TRIBUTOS.*

*- Regularizada a importação de mercadoria estrangeira, mediante recolhimento dos tributos devidos, na forma e no prazo previstos no decreto-lei no. 2446/88, c/c dl 2457/88 e a portaria no. 325/88, extingue-se a punibilidade, não se justificando o indiciamento criminal dos responsáveis.*

*- Ordem de habeas-corpus concedida*<sup>430</sup>.

*“HABEAS CORPUS’ - BENS DE CAPITAL, IMPORTADOS CLANDESTINAMENTE, MAS REGULARIZADOS PERANTE O FISCO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS AGENTES E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA - CONCEDIDA A ORDEM.*

*I - Extingue-se a punibilidade do crime de contrabando e demais infrações que lhe serviram de suporte, em virtude da comprovação do recolhimento dos tributos e encargos, com a conseqüente regularização fiscal dos bens de procedência estrangeira apreendidos, nos termos dos decretos-leis 2.446 e 2.457, de 1988.*

*II – Precedentes do extinto tribunal federal de recursos, acolhidos nos julgamentos de casos análogos, nesta primeira turma*<sup>431</sup>.

Muito embora o Decreto-lei nº 2.446/88 fizesse referência apenas a veículo automotor e a bens de capital, incorporado ao patrimônio de pessoa jurídica ou por esta utilizado, a previsão da extinção da punibilidade, seguindo orientação jurisprudencial, estendeu-se a toda e qualquer mercadoria, haja vista o princípio constitucional da igualdade:

*“PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. DL 2.446/88 E DL. 2.457/88. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. JUSTIÇA IN CONCRETO. APELAÇÃO PROVIDA.*

<sup>428</sup> Decreto-Lei nº 2.446, de 30 de junho de 1988. *Dispõe sobre o pagamento dos tributos relativos ao ingresso de bens de procedência estrangeira, nas condições que menciona, e dá outras providências.*

<sup>429</sup> Decreto-Lei nº 2.457, de 25 de agosto de 1988. *Prorroga o prazo previsto no caput do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.446, de 30 de junho de 1988, e dá outras providências.*

<sup>430</sup> TRF-2ª Região, HC nº 90.02.25430-0/ES, Rel. Juiz Clélio Erthal, j. 20.02.91, DJ 19.03.91.

<sup>431</sup> TRF-3ª Região, HC nº 92.03.020803-8, Rel. Juiz Pedro Rotta, j. 09.06.92, DOE 03.08.92, p. 150.

*I – A autoria e a materialidade do descaminho se acham comprovadas. A apelante, com a promulgação dos Decretos-leis 2.446/88 e 2.457/88, que permitiram o pagamento de tributos por determinados bens descaminhados (veículo automotor, bens de capital etc), requereu também o pagamento de tributos em virtude de ter trazido bens do Paraguai sem pagamento de impostos aduaneiros (mercadoria de pequeno valor, pouco acima da quota). Seu pedido foi indeferido ao argumento de que seus bens não se achavam contemplados pelo Decreto-lei 2.446/88. Condenação no caput do art. 334 do CP. Num Estado de Direito, fundado na democracia, não pode o legislador (Presidente da República) tratar diferentemente quem se achava na mesma situação jurídica. A igualdade e a pedra de toque da democracia. Princípio da isonomia. Se a grandes sonegados abriu-se a oportunidade de pagamento de tributos, com extinção da punibilidade, o mesmo tratamento, por maior razão, deve ser dado ao pequeno sonegador.*

*II – Apelação provida”<sup>432</sup>.*

O Decreto-lei nº 2.446/88 e o Decreto-lei nº 2.457/88, no entanto, tiveram morte anunciada já quando editados. O uso da inteligência na arrecadação dos referidos impostos vigorou apenas até 30.06.88<sup>433</sup>.

Posteriormente, a Lei nº 8.137/90, que elenca os chamados “crimes contra a ordem tributária”, também trouxe – em seu artigo 14 – a possibilidade de exclusão da punibilidade nos casos de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Tal artigo, no entanto, foi revogado pelo artigo 98 da Lei nº 8.383/91.

A possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo voltou à tona com a edição da Lei nº 9.249/95<sup>434</sup>, seguida das Leis nºs 9.964/00<sup>435</sup> e 10.684/03<sup>436</sup>, o que reavivou as discussões atinentes à matéria. A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seu artigo 34, assim dispõe:

*“Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.*

<sup>432</sup> TRF-1ª Região, ACr nº 01065215, Processo 1989.0106521-5/MG, Rel. Juiz Adhemar Maciel, j. 29.08.90, DJ 01.10.90, p. 22829.

<sup>433</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. *A Criminalização de Ilícitos Praticados por Particular Contra a Administração Pública – O Descaminho de Mercadorias*. Disponível site: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/Ivanlira/a%20criminalizacao%20de%20ilicitos%20particular%20x%20ad m%20publica%20-%20descaminho.doc>>. Acesso em 12.11.04.

<sup>434</sup> “Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências”.

<sup>435</sup> “Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994”.

<sup>436</sup> “Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências”.



O artigo 34 da Lei nº 9.249/95, consoante se vê, restringiu a extinção da punibilidade tão-somente aos crimes previstos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65<sup>437</sup>, não incluindo o crime de descaminho. Muitos, amparados no princípio da igualdade e na estrutura normativa do tipo de descaminho, postularam a concessão da figura da extinção da punibilidade, a qual, no entanto, restou rechaçada pelos tribunais:

*“PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DESCAMINHO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.*

*I – O artigo 34 da Lei 9.249/95 é aplicável somente aos crimes definidos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65. A extinção da punibilidade não se estende ao crime de descaminho, porque não se confunde e nem é igual ao de sonegação fiscal, atingindo a regularidade das importações do mercado nacional.*

*II- Documento juntado na fase de alegações finais e acerca dele havendo manifestação do defendente, não enseja nulidade do julgamento, podendo o mesmo ser valorado como prova.*

*III- Incensurável a dosimetria da pena, já que o réu registra em sua longa folha penal inúmeros antecedentes criminais, o que possibilita ao julgador a fixação da pena, além do mínimo legal.*

*IV- A autoria e a materialidade restaram amplamente comprovadas, impondo-se a confirmação da r. sentença.*

*V- Improvido o recurso”<sup>438</sup>.*

Da mesma forma, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que igualmente entendeu não ser possível a extensão da exclusão da punibilidade prevista no artigo 34 da Lei nº 9.249/95 aos crimes de descaminho, mormente quando houve apenas o perdimento das mercadorias, o qual não equivale ao pagamento dos tributos devidos:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 334, PARÁGRAFO 1º. LETRA “C” DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. PERDIMENTO DAS MERCADORIAS EQUIPARADA AO PAGAMENTO DO TRIBUTO. ARTIGO 34 DA LEI 9249/95. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.*

*1. A doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais têm se posicionado pela inaplicabilidade do artigo 34 da Lei 9249/95 ao crime de descaminho.*

*2. Levando em conta que o perdimento das mercadorias é efeito da condenação, não poderá servir como fundamento para o decreto de extinção da punibilidade.*

*3. Se tal tese vier a prevalecer, haverá a revogação tácita do artigo 334 do Código Penal, até porque comprovado o descaminho e apreendida a mercadoria, o seu perdimento em favor do Erário é obrigatório, tornando-se impunível a conduta típica.*

*4. Recurso ministerial provido. Sentença reformada, com o retorno dos autos ao juízo de origem, para prosseguimento”<sup>439</sup>.*

<sup>437</sup> Importante salientar que a referência feita por este dispositivo legal à Lei nº 4.729/65 foi equivocada, eis que fora ela revogada pela Lei nº 8.137/90.

<sup>438</sup> TRF-2ª Região, ACr nº 1837, Rel. Juiz Ney Fonseca, j. 10.08.99, DJU 29.01.02, p. 171.

Cronologicamente, sobre o tema, foram editadas ainda, na sequência, outras leis. Com a Lei nº 9.964/00, de 10 de abril de 2000, a qual instituiu o “Programa de Recuperação Fiscal” – REFIS, o legislador determinou, além da hipótese de extinção de punibilidade já prevista na Lei nº 9.249/95, a suspensão da pretensão punitiva do Estado nos casos dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e art. 95 da Lei nº 8.212/91, enquanto a empresa relacionada com o agente de tais crimes estiver incluída nesse programa<sup>440</sup>. E com a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, deu o legislador nova disciplina aos efeitos penais do parcelamento e do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, sem estabelecer qualquer limite temporal para tanto:

**Art. 9º.** *“É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*

*§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.*

*§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.*

Assim, a Lei nº 10.684/03 retirou a necessidade do parcelamento e do pagamento do tributo devido serem efetuados antes do recebimento da denúncia, ensejando, assim, a suspensão ou o trancamento da Ação Penal em curso e, até mesmo, das Execuções Penais decorrentes de sentença condenatória, transitadas

<sup>439</sup> TRF-3ª Região, RCCR nº 744, Processo 97.030232094/SP, Rel. Juíza Ramza Tartuce, j. 27.08.02, DJU 17.09.02, p. 181.

<sup>440</sup> **Art. 15.** *É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.*

*§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.*

*§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:*

*I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;*

*II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.*

*§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”.*

ou não em julgado, conforme descreve o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>441</sup>:

*“PROCESSO PENAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º DA LEI Nº 8.137/90. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI Nº 10.684/2003. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO.*

*1. Não há falar em nulidade absoluta por cerceamento de defesa, em razão da ausência de intimação, quando o réu foi devidamente cientificado do despacho que lhe proporcionava o benefício contido no artigo 34 da Lei nº 9.249/95, e, inclusive, após sua assinatura no verso da Carta Precatória que contém o seu inteiro teor.*

*2. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de considerar constitucional o art. 9º da Lei nº 10.684/03, sendo autorizada a suspensão da pretensão punitiva estatal e do respectivo prazo prescricional, quando o agente aderir ao PAES ou mesmo, ainda, a extinção da punibilidade quando o sujeito ativo efetuar o pagamento integral dos débitos decorrentes da ação penal.*

*3. As benesses advindas do referido dispositivo legal podem ser aplicadas a qualquer tempo do inquérito policial, do processo penal ou mesmo da execução provisória de sentença condenatória.*

*4. Deve-se estender os benefícios do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, aos casos de pagamento integral mesmo quando não são originários de eventual parcelamento, pois, muito embora a quitação total do débito não decorra de eventual parcelamento pelo PAES, os objetivos do referido diploma legal foram atingidos, quais sejam, a arrecadação de valores aos cofres públicos e a diminuição das condenações na esfera penal”<sup>442</sup>.*

A respeito, importante a ponderação doutrinária de Heloísa ESTELLITA, destacada pelo Min. Cezar Peluso ao proferir seu voto no julgamento do *habeas corpus* 81.929/RJ:

Uma leitura apressada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do artigo 9º poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isto. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que *sempre que houver pagamento*, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo.

Esta interpretação se assenta em dois fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (do Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas do *parcelamento*, *verbis*: “*Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral*

<sup>441</sup> A respeito, vide ainda os seguintes acórdãos: STF, HC 81.929/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, *in* Informativo nº 338, de 23.02 a 05.03.04, p. 3.; TRF-4ª Região, AgExe 2004.70.00.004272-5/PR, Rel. Des. Federal José Luiz B. Germano da Silva, j. 01.06.04, p. DJU 30.06.04; TRF-4ª Região, Questão de Ordem na ACr 2003.04.01.000894-0/SC, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 10.03.04, p. DJU2 17.03.04, p. 451; TRF-1ª Região, RCCR nº 2003.34.00.034748-2/DF, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, j. 03.03.04, p. DJ 26.03.04; TRF-3ª Região, ACr nº 10067 – 2000.39.90.40481-8/SP, Rel. Juiz André Nekatschalow, j. 24.11.03, DJU 16.12.03, p. 632.

<sup>442</sup> TRF-4ª Região, Questão de Ordem na ACr nº 2004.04.01.012664-2/SC, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, j. 21.09.04, p. DJU 13.10.04.

*dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, **que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal***”(grifamos). A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto, confira-se: “*Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios*” (art. 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito.

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, não importando, igualmente, o estágio processual (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP)<sup>443</sup>.

A Procuradoria-Geral da República, entendendo ser o dispositivo do art. 9º da Lei nº 10.684/03 inconstitucional, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, eis que o benefício regulado por aquela norma estaria em desacordo com a Constituição. Apesar dessa ação ter sido proposta em setembro de 2003, ainda não foi apreciado o pedido de concessão de medida cautelar.

Referiu o Procurador-Geral, dentre outros fatores, que tendo aquela lei decorrido de conversão de medida provisória e, não podendo esta versar sobre matéria penal, seria inconstitucional. Não obstante, os tribunais pátrios já firmaram entendimento segundo o qual aquele dispositivo não seria inconstitucional, eis que não se está mais diante de uma medida provisória e sim de uma lei ordinária, consoante explicou o Desembargador Federal Tadaaqui HIROSE no julgamento da Questão de Ordem na Apelação Criminal nº 2004.04.01.012664-2/SC, cuja ementa foi acima transcrita:

É de extrema relevância anotar, logo de início, que está se tratando de Lei Ordinária, e não mais de Medida Provisória. Tal fato acarreta essencial alteração para o deslinde da questão proposta. Explico.

Cabe destacar que tem razão o eminente Procurador-Geral da República ao destacar que na edição da EC nº 32/2001, que acrescentou ao art. 62 da Constituição Federal o § 1º, I, b, há vedação expressa na utilização de medida provisória para legislar sobre direito penal e processual penal. Todavia, a Medida Provisória nº 107/2003, ao alterar dispositivos das Leis nºs 10.637/02 e 9.137/96, dispôs unicamente acerca de pontos de direito tributário. Nas linhas de seu diminuto texto não há qualquer determinação sequer que conceba regras de direito penal.

Com efeito, entendendo existir relevância e urgência, o Presidente da República editou a referida Medida Provisória, tendo-a submetido à

<sup>443</sup> ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: a Nova Disciplina da Lei n. 10.684/03. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, set. 2003, p. 2-3, in STF, HC 81.929/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, p. DJ 27.02.04.

apreciação do Congresso Nacional, conforme previsão expressa da Carta Maior (artigo 62, *caput*, da Constituição Federal). Por meio de Comissão Mista, o ato de competência extraordinária do Chefe do Poder Executivo foi inicialmente admitido, visto que atendidos os pressupostos constitucionais. Tendo sido considerada perficiente, passou-se à próxima etapa: a verificação do mérito do ato.

Destarte, foi emitido novo parecer pela Comissão Mista, o qual opinou pela aprovação da Medida Provisória nº 107/2003, com emendas. Como impõem as regras gerais do processo legislativo, deu-se início à outra fase, estando superada a qualidade de medida provisória, senão vejamos.

Deve-se ressaltar que a aprovação com emendas do indigitado ato exclusivo do Presidente da República enseja a apresentação, por parte da Comissão Mista do Congresso Nacional, de Projeto de Lei de Conversão. *In casu*, tal foi a origem do PLC nº 11/2003.

Em seguida, como sói acontecer, tal projeto de lei tramitou normalmente por ambas as casas do Poder Legislativo, respeitando todas as fases do processo de criação de lei ordinária, com a final remessa ao Presidente da República, restando, assim sancionada<sup>444</sup>.

Vê-se, pois, que, com esta última lei (Lei nº 10.684/03), instituiu-se uma modalidade de extinção de punibilidade consistente no pagamento do débito constituído, bem assim de suspensão da pretensão punitiva decorrente de seu parcelamento, a qual deve incidir a qualquer momento, mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória, conforme entendimento atualmente defendido pelos tribunais pátrios.

No que concerne aos crimes de descaminho e contrabando (este em sua modalidade relativa), persiste na Jurisprudência o entendimento decorrente da interpretação do artigo 34 da Lei nº 9.249/95, acima transcrita, que, nesse aspecto, não restou alterada pela Lei nº 10.684/03, segundo o qual a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a eles não se estenderia.

No entanto, a conclusão a que chegamos na seção anterior não permite que sejamos partidários desse entendimento, de forma que duas hipóteses devem aí incidir: ou o pagamento do tributo deve ser considerado uma causa de exclusão da tipicidade, ante a ausência de elemento normativo do tipo, ou, nos termos como vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, uma condição objetiva de punibilidade, decorrente da posterior reparação do dano e conseqüente inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado.

Destarte, mesmo nos casos de contrabando e descaminho, na medida em que entendemos serem eles delitos econômicos, o pagamento do tributo

devido ou o reconhecimento por parte da autoridade administrativa de sua inexigibilidade deve implicar a extinção da punibilidade do agente:

*“PENAL: DESCAMINHO. INGRESSO DE VEÍCULO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. SITUAÇÃO FISCAL REGULARIZADA PELA SATISFAÇÃO DO TRIBUTO. DECRETO LEI N. 2.457/88. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.*

*I- Comprovada a regularização da situação fiscal do veículo, mediante o pagamento dos tributos devidos, em conformidade com o estabelecido no decreto-lei n. 2.457/88, arts. 1º e 2º, impõe-se reconhecer a extinção da punibilidade do agente.*

*II- Recurso conhecido. Extinção da punibilidade declarada de ofício. Exame de mérito prejudicado”<sup>445</sup>.*

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não vem reconhecendo essa possibilidade, vislumbrando o pagamento do tributo devido como espécie de “arrependimento posterior”, o que implicaria tão-somente a redução da pena imposta, conforme restou consignado em decisão prolatada nos autos de Inquérito nº 1293/PE, pelo Min. Sydney Sanches:

*“No parecer de fls. 243/250, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO, o ilustre Vice-Subprocurador-Geral, Dr. HAROLD FERRAZ DA NÓBREGA, resumiu a hipótese e, em seguida, opinou, nos seguintes termos: ‘Examinando os autos, sustento que está extinta a punibilidade do Deputado Federal Wilson Braga. Vejamos. Ao atual Deputado Federal Dr. Wilson Leite Braga imputou-se haver importado, sem o pagamento dos tributos devidos, 16 garrafas de uísque estrangeiro, discriminadas às fls. 03. As mercadorias foram submetidas a perícia e avaliadas em Cr\$ 4.450.000,00 (quatro milhões e quatrocentos e cinquenta mil cruzeiros), a preços de dezembro de 1.992 (fls. 11/3). Apenas, para efeito de atualização do valor, ressalto que a apreensão foi da ordem de 8,61 (oito vírgula sessenta e um salários mínimos) (salário mínimo à época tinha o valor de Cr\$ 522.186,94 (quinhentos e vinte e dois mil, cento e oitenta e seis cruzeiros e noventa e quatro centavos). A preços atuais a mercadoria apreendida -- atualização pela salário mínimo -- significaria R\$ 1.722,00 (um mil e setecentos e vinte e dois reais). O Fisco Federal deixou de aplicar a pena de perdimento e autorizou o desembaraço “da mercadoria relacionada às fls. 10 do presente processo ficando a mesma sujeita ao regime de Importação comum através do pagamento dos tributos e multas cabíveis correspondentes. Ao Sesar para intimar o contribuinte para o pagamento das quantias devidas e, em seguida, encaminhe-se ao Sepol para as providências” (autos, fls. 56). Os tributos foram pagos (fls. 57). O uísque foi liberado pela Receita Federal e entregue ao interessado Wilson Leite Braga. Consigno que Damásio Jesus -- sem levar em consideração o artigo 34 da Lei 9249/95, provavelmente superveniente à edição da obra, que a jurisprudência majoritária diz não se aplicar à hipótese de descaminho -- anota o seguinte: “A Lei nº 6.910, de 27 de maio de 1.981, cancelou a Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal, que admite a extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo antes de iniciada a ação penal, nos*

<sup>444</sup> TRF-4ª Região, Questão de Ordem na ACr nº 2004.04.01.012664-2/SC, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, j. 21.09.04, DJU 13.10.04.

<sup>445</sup> TRF 3ª Região, Segunda Turma, Rel. Juiz Arice Amaral, ACR 89003026682-SP, in DOE 20.09.93, p. 122.

delitos de contrabando. Hoje o pagamento do tributo, ainda que efetuado antes de iniciado o processo criminal, não tem efeito extintivo da punibilidade. De aplicar-se, entretanto, o artigo 16 do Código Penal" (página 885, Código Penal Anotado, Damásio E. de Jesus, Editora Saraiva, 5ª edição, ampliada e atualizada, 1.995). Diz o art. 16 do Código Penal: "Arrependimento Posterior - Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços". Anota Júlio Fabbrini Mirabete que "O critério para redução da pena em decorrência do reconhecimento do arrependimento posterior, deve fundamentar-se na presteza do ressarcimento do dano, isto é, quanto mais rapidamente for feito tal ressarcimento, tanto maior será a redução. Quanto mais lento o ressarcimento menor a redução. Por fim é indispensável que a apuração preceda o recebimento da denúncia ou da queixa; se for posterior e anteceder o julgamento, constituir-se-á simples circunstância atenuante genérica (art. 65, III, b, última parte)" (página 158, Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, edição, Revista e Ampliada, São Paulo, Editora Atlas S.A. 1.993). No caso, definido pela Receita Federal, em 08/12/93, que, com o pagamento dos tributos e multas, os bens seriam desembaraçados (fls. 56), em 23/12/93 foi feito o integral pagamento dos tributos (fls. 57). O pagamento do débito tributário, que significa ressarcimento do dano fiscal, foi espontâneo rápido e integral. Assim, é de se aplicar ao caso o artigo 16 do Código Penal, pela maior redução possível, isto é, 2/3. Como o máximo da pena é 04 anos (descaminho, art. 334, caput, do Código Penal), com a redução de 2/3 (art. 16 do Código Penal), este máximo passa a ser de 16 meses, isto é, 1a e 4m. A prescrição, no caso, passa a ser de 04 anos (art. 109, inciso V do CP). Então, ela se consumou em 1º de novembro de 1.996, antes mesmo da remessa dos autos ao STF (ver fls. 02/03v, Portaria e Autos de Apreensão, fls. 228). Pondere-se, ainda, que a folha de antecedentes (fls. 32), a qualificação do Deputado Wilson Braga, quando de sua inquirição (fls. 42) e o site da Câmara dos Deputados (doc. em anexo), indicam que nasceu em 18/06/31. Tem nesta data, 19 de abril de 2.002, 70 anos, 10 meses e 1 dia. Beneficia-se, pois da prescrição por metade e, por isso, se não se aplicar ao caso a redução máxima prevista no art. 16 do Código Penal -- consideração que se faz só para argumentar pois a redução máxima me parece irretorquível -- inafastável será a prescrição, ex vi dos artigos 334 do CP, c/c os artigos 109, V e 115 do CP. Requeiro seja decretada a extinção da punibilidade do Deputado Federal Wilson Leite Braga. Brasília, 19 de abril de 2002 as.) HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA APROVO: as.) GERALDO BRINDEIRO PROCURADORGERAL DA REPÚBLICA.' 2. Acolho o parecer da P.G.R. e por isso, com base no art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, julgo extinta a punibilidade do Deputado Federal WILSON LEITE BRAGA, quanto aos fatos objeto do presente Inquérito, cujos autos devem ser arquivados. 3. Publique-se. Int.<sup>446</sup>.

Não obstante, é de se ressaltar que, atualmente, em virtude de razões de política criminal, especialmente pela aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal e outros tribunais têm deixado de lado a discussão atinente à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – o que atinge, conforme expusemos, a punibilidade –, para analisar a própria tipicidade do

<sup>446</sup> STF, Inq 1293/PE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 08.05.02, DJ 15.05.02, p. 33.

delito face à efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, conforme expusemos na seção anterior, afastando, assim, as presentes discussões do plano empírico.

De qualquer forma, devemos considerar que, se o Estado tipificou criminalmente determinada conduta, amparado unicamente por critérios extra-penais de política-fiscal, buscando, mais que a punição do agente, o pagamento de tributo que lhe é devido, a constatação deste pagamento ou mesmo de sua inexigibilidade não pode ser motivo hábil a ensejar a instauração de uma ação penal, ante a ausência de justa causa, de forma que, estando em tramitação tal processo criminal, a extinção da punibilidade é medida que se impõe.

E para aqueles que entendem que a credibilidade da Administração Pública estaria mais facilmente vulnerada apenas com o sancionamento extrapenal do 'descaminho', concluímos com Ivan Lira de CARVALHO, que "rememora outras irregularidades, bem mais sérias, que são praticadas no gerenciamento da coisa pública, sem que desafiem, obrigatoriamente, sanção penal. E nem por isso se fala em desmoronamento do Estado..."<sup>447</sup>.

Consistindo, portanto, o crime de descaminho, previsto no artigo 334 do Código Penal, em ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, seu posterior pagamento deve levar ao inegável reconhecimento de que falta no caso, ao menos, nos termos de tudo o que acima se expôs, condição objetiva de punibilidade. E, nesse caso, a extinção da punibilidade do agente, independentemente da fase em que se encontre a respectiva ação penal, deve ser declarada.

Afinal, a restrição imposta pelo legislador pátrio e a interpretação que lhe foi dada por nossos tribunais, implica ofensa ao princípio da isonomia, manifestado na máxima *ubi aedem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito), de forma que, na esteira do que conclui Luiz Régis PRADO, "é possível a admissibilidade do favor legal (extinção da punibilidade) em todos os crimes fiscais, incluindo-se aí o

---

<sup>447</sup> CARVALHO, I. L. de. *Op. cit.*



descaminho 'que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída de mercadoria do país, com o objetivo de frustrar o pagamento de direitos alfandegários'”<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*, p. 481-482.

## CONCLUSÃO

Hodiernamente, o Direito Penal passa por uma transformação, decorrente da própria evolução da sociedade, marcada, nos últimos tempos, pela globalização e avanços dos modernos meios tecnológicos. Consistindo no ramo do direito que tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos fundamentais, mediante a criminalização de condutas consideradas lesivas a esses bens jurídicos, o Direito Penal não pode mais ser visto como algo inerte e distanciado da realidade social.

Com o fim de reaproximá-lo da sociedade moderna e da nova visão que por meio dela se expressa, verifica-se, na atualidade, a disseminação de ideais político-criminais objetivando a descriminalização de condutas que atualmente não são mais consideradas lesivas à sociedade – seja porque socialmente adequadas (desvalor da ação), seja porque o resultado por elas causado não afeta de forma significativa o bem jurídico tutelado (desvalor do resultado). Tais ideais político-sociais, contudo, devem ser aplicados em consonância com os princípios gerais do Direito, fundamentais para a preservação da sempre tão propugnada segurança jurídica.

Assim sendo, a efetivação da aplicação das normas penais passa por duas idéias fundamentais: não se pode punir um comportamento que a sociedade não considera digno de receber punição; e o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Busca-se, dessa forma, reduzir-se a área de incidência do direito penal, reconhecendo-se seu caráter subsidiário e fragmentário.

A incriminação, entre outras coisas, implica um alto custo social, decorrente de toda a tramitação do processo e manutenção e execução da pena – e, principalmente, estigmatização e segregação do condenado –, só se justificando, portanto, em face de um bem ou valor social efetivamente relevante, desde que não se mostre suficiente o sancionamento imposto por outros ramos do direito.

No entanto, ao mesmo tempo em que a evolução da sociedade moderna pugna pela descriminalização de determinadas condutas e pela intervenção mínima do Direito Penal, fez também com que se desenvolvesse uma

nova modalidade de criminalidade, de características mais complexas e relacionada a um mercado mais sofisticado, que demanda uma efetiva interferência do direito penal. Trata-se de uma modalidade de delinquência absolutamente diversa daquela até então encontrada.

O desenvolvimento dessa “criminalidade refinada” deu-se de forma mais incisiva no campo da economia, em vista das deficiências do sistema, da corrupção, da pressão política, da exploração de diversas formas de prestígio social, dentre outros fatores, o que colaborou decisivamente para que ela prosperasse abruptamente. Destarte, num momento em que se defende um direito penal mínimo, fez-se necessária sua intervenção para a tipificação de novas condutas, consideradas lesivas à ordem econômica estatal e à sociedade como um todo.

Não se trata, contudo, de uma contradição. Afinal, a intervenção penal, mesmo mínima, deve estar relacionada à magnitude do bem jurídico e à gravidade da lesão ou perigo sofrido por este. Se a finalidade do sistema penal é tutelar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, deve ele, indiscutivelmente, intervir nas esferas em que seja necessária tal intervenção, dentro, obviamente, dos limites constitucionais e legais impostos à sua atuação.

A tutela penal da ordem econômica, pois, originou um novo ramo do Direito, chamado “Direito Penal Econômico”. Embora a função do Direito Penal sempre estivesse vinculada à própria legitimação do Estado Moderno e, assim sendo, orientada à tutela de bens jurídicos de caráter individual, capazes de assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade, vislumbra-se atualmente uma nova relação entre o Estado e o indivíduo, não bastando se assegurar ao indivíduo uma vida pacífica em sociedade, mas, também, devendo ser-lhe fornecidos os meios próprios ao seu desenvolvimento pessoal, de forma que a dogmática penal teve que se voltar à criação de tipos penais que tutelassem os chamados “bens supraindividuais”, como a saúde pública, a ordem econômica, o meio ambiente, o sistema previdenciário, dentre outros.

Afinal, numa sociedade constitucionalmente fundada, o social é também erigido ao patamar de fundamento constitucional, o que implica, necessariamente, a regulação da economia pelo Estado, cuja luta exigirá,

indiscutivelmente, a intervenção do Direito Penal, por meio do Direito Penal Econômico, que se encarregará da definição desses novos bens jurídicos.

Para a definição dos “ilícitos econômicos”, a doutrina penal moderna tem buscado a identificação dessas condutas lesivas em critérios relativos ao bem jurídico tutelado e nas propostas criminológicas.

O bem jurídico tutelado por esta nova modalidade criminosa assume uma natureza diferenciada, consubstanciando-se num conceito mais complexo – a ordem econômica. Assim, enquanto os bens jurídicos do Direito Penal clássico são ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão – aos valores constitucionais –, os bens jurídicos do Direito Penal Econômico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica, contidos ou pressupostos na Constituição.

Dentre os delitos econômicos, tutelados pelo Direito Penal Econômico, encontram-se situados os delitos aduaneiros, consistentes naqueles que violam a ordem econômica, mediante o desrespeito às normas elaboradas pela Alfândega em decorrência da transposição das fronteiras de determinado Estado. Os delitos aduaneiros compreendem as condutas relacionadas à importação ou exportação de mercadorias proibidas ou de mercadorias permitidas sem o pagamento do tributo respectivo devido, mediante transposição do território aduaneiro, correspondendo, destarte, aos crimes de contrabando e descaminho.

As condutas caracterizadoras desses delitos já eram previstas e sancionadas desde a época colonial. Atualmente, vêm elas tipificadas no artigo 334 do Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848), situado no Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral –, do Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública, e que reuniu num único dispositivo dois fatos diversos: o contrabando, que significa a importação ou a exportação de gênero ou mercadoria ditos proibidos; e o descaminho, que constitui uma fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros, consubstanciada na ilusão, total ou parcial, de direito ou imposto devido pela entrada ou saída de mercadoria. Este último é um ilícito de natureza tributária, no qual se verifica uma relação entre o Fisco e o contribuinte que não é verificada no contrabando.

O crime de contrabando é um crime pluriofensivo, eis que a norma tem por objeto a tutela de interesses diversos, podendo a conduta ofender a mais de um bem jurídico: além de atentar contra o erário público, poderá ofender a higiene, a moral ou a segurança pública, sendo idôneo ainda a prejudicar a indústria nacional. O descaminho, por seu turno, é um ilícito de natureza fiscal, ofendendo apenas um bem jurídico – o erário público/Fisco ou, em sentido mais amplo, a economia nacional. Apesar dessa diferenciação entre os crimes de contrabando e descaminho, ambos têm por tutela principal a administração pública, entendida em seu sentido amplo (toda e qualquer atividade desenvolvida para a satisfação do bem comum), especialmente sua moralidade e probidade administrativa.

Para a caracterização do contrabando, impõe-se verificar se os gêneros e mercadorias são proibidos em nosso país. Essa proibição pode ser relativa ou absoluta. O descaminho, por seu turno, caracteriza-se pelo emprego de fraude para evitar o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou saída da mercadoria não proibida, fazendo-se mister a verificação dos impostos, taxas ou direitos realmente devidos, a exatidão do cálculo e a obediência às formalidades legais.

Em relação aos sujeitos, os crimes de contrabando e descaminho são delitos comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa, até mesmo por funcionário público. Não é especificamente um delito plurissubjetivo; no entanto, o contrabando, pelas suas próprias características decorrentes da possibilidade de divisão de tarefas e de lucros, enseja que, com freqüência, seja praticado por um grupo, associado em quadrilha, respondendo os co-autores em concurso pelos crimes de contrabando e de quadrilha ou bando (art. 288).

No pólo passivo, tendo em vista o titular do bem ofendido, figura a administração pública ou o Estado, principal interessado na repressão ao indevido comércio exterior, obrando para a regularidade da importação de mercadorias, além da cobrança do que daí decorre.

No que concerne ao tipo subjetivo dos delitos de contrabando e descaminho, consiste na vontade livre e consciente de se praticar a conduta delituosa – importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir o pagamento de direito

ou imposto –, referido pela corrente tradicional como “dolo genérico”, atendo-se ao fato de que, para o contrabando, é imprescindível que o agente saiba que se trata de mercadoria proibida, e, para o descaminho, a jurisprudência tem exigido também, à sua configuração, o que a doutrina clássica chama de dolo específico, consistente no ânimo de lesar o Fisco.

Ressalte-se que o artigo 334 não se limita ao seu *caput*, descrevendo em seu parágrafo primeiro, além dos crimes de contrabando e descaminho, condutas a eles assemelhadas, tendo em vista a própria sofisticação da prática daquelas condutas, que exigiu a previsão das chamadas modalidades “assimiladas” ao contrabando e ao descaminho.

Tocante ao momento consumativo, a consumação do contrabando se dá, quando a entrada ou saída da mercadoria ocorre por meio dos postos aduaneiros, com a liberação da mercadoria pelos agentes alfandegários, ou, por outra forma, com a entrada ou saída da mercadoria do território nacional. No caso da exportação, é imprescindível, de qualquer forma, que haja a ultrapassagem da linha da fronteira, evadindo-se da zona fiscal, eis que, enquanto o agente não cruzar a fronteira, o delito permanece em sua modalidade tentada. Na forma de importação, o delito consuma-se tão-logo a mercadoria se encontre em território nacional e, nesse caso, mesmo que ainda esteja nos limites da zona fiscal. No caso do descaminho, tendo em vista que a ilusão do pagamento dos tributos devidos em decorrência da exportação ou importação de mercadorias pode se dar de duas formas, seu momento consumativo também pode variar. A primeira dessas formas é mediante a frustração das atividades dos agentes fiscais, permitindo-se, seja porque a mercadoria passa de forma disfarçada, seja porque contou com eventual auxílio daqueles, a entrada da mercadoria no país sem o recolhimento dos impostos devidos, consumando-se o delito quando o agente frustra a atividade dos fiscais, depois de ter sido a mercadoria liberada ou transposta a zona alfandegária. A segunda consiste em evitar o exportador ou importador as barreiras alfandegárias, utilizando-se, por exemplo, de barcos ou aviões, consumando-se, nesse caso, o delito quando a mercadoria objeto de exportação ou importação chegar ao território nacional ou dele se afastar.

Pode-se concluir, portanto, que o delito é instantâneo e material. Seus efeitos, contudo, são permanentes, eis que o caráter de ilegalidade incidente sobre as mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas permanece mesmo após a consumação dos delitos. Em vista disso, a competência para o processamento e julgamento dos delitos previstos no artigo 334, *caput*, do Código Penal, será do Juízo Federal (conforme disposição do artigo 109, IV, da Constituição Federal) com jurisdição sobre o local no qual se deu a apreensão das mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas, conforme disposição da Súmula 151 do Superior Tribunal de Justiça.

Saliente-se que essas atividades criminosas, consistentes nos crimes de contrabando e descaminho, sempre estiveram presentes nas sociedades organizadas, apresentando-se no Brasil de forma contundente e peculiar, em decorrência da própria situação histórica e geográfica de nosso país. Como grande centro das práticas de contrabando e descaminho em nosso país, destaca-se, atualmente, a cidade de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, onde, em decorrência da tríplice fronteira (Brasil-Paraguai-Argentina) e da deficiência das fiscalizações nas alfândegas, o índice da prática dos delitos em estudo é extremamente alto. Importante notar, no que tange à prática atual desses delitos, uma modificação substancial no que concerne ao seu *modus operandi* e ao próprio objetivo almejado, apresentando-se eles como formas de atuação da criminalidade organizada.

De outro lado, no entanto, determinadas condutas que, formalmente se adequariam à descrição dos tipos penais de contrabando e descaminho, sofrem a incidência de fatores descriminalizantes.

O primeiro deles é o princípio da insignificância, que decorre da moderna concepção de Direito Penal, anteriormente exposta, incidindo quando a conduta praticada causar ao bem jurídico tutelado uma lesão ínfima, insignificante. A conduta, assim sendo, deixa de ser típica, não mais interessando ao Direito Penal.

A origem do princípio da insignificância é atribuída a Claus Roxin e destina-se, principalmente, ao cidadão, preocupando-se fundamentalmente em lhe propiciar as garantias expressas na Constituição. Apresenta-se como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, seguindo-se a proposta de

valoração político-criminal dos elementos do crime, formulada por Roxin. Para este autor, tem a política-criminal extrema importância, fazendo parte do próprio sistema jurídico. Funda-se o princípio num conceito material de ilicitude e atenta para o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, distinguindo-se seu postulado perfeitamente do princípio da adequação social. Seu principal efeito é a exclusão da tipicidade da conduta, devendo-se, para tanto, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material, entendendo-se o tipo como algo dotado de conteúdo valorativo, não bastando que a conduta humana esteja formalmente descrita na lei. Dessa forma, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, ajustando-se formalmente a um tipo legal de delito, mas, também, sendo materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

O princípio da insignificância, assim sendo, incidirá nos crimes de contrabando e descaminho em decorrência do desvalor da ação praticada, tendo em vista o próprio desinteresse com que a sociedade há algum tempo vem tratando estes delitos e mesmo uma influência sócio-política e econômica na prática dessas condutas, cometidas pelos chamados “sacoleiros”, em razão do flagrante índice de desemprego que assola o país. Além do desvalor da ação, determina-se concretamente a aplicação do princípio tomando-se por base o resultado causado pela conduta formalmente descrita no artigo 334 do Código Penal. Nesses termos, considerando-se que a própria Administração Pública entendeu, em determinadas situações, por não ajuizar execuções fiscais de débitos inferiores a um determinado patamar, não há que se falar nessas mesmas situações em resultado jurídico penalmente relevante. A objetividade jurídica do crime de descaminho é a proteção do interesse arrecadador do Estado e, assim sendo, a conduta praticada não será materialmente típica nos casos em que a incidência da alíquota corresponda a um valor mínimo iludido, eis que, nesse caso, o dano social é irrelevante, não justificando a incidência do Direito Penal. Para definir o montante cuja sonegação implica uma lesão ínfima ao bem jurídico tutelado, os juízes nacionais têm-se amparado em normas extrapenais, dentre as quais destaca-se, atualmente, a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e a Portaria/MF nº 049, de 1º de abril de 2004.

O princípio da insignificância, dessa forma, em decorrência do desvalor da conduta praticada e do resultado causado – este último aferido de forma objetiva, mediante a adoção de leis extrapenais –, deve, portanto, incidir naquelas



condutas que formalmente amoldam-se à descrição do artigo 334 do Código Penal, de forma que, atualmente, em sendo o tributo devido igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), considera-se de menor relevância a ofensa cometida ao bem jurídico tutelado, haja vista o próprio desinteresse do Estado em cobrar judicialmente o valor devido, excluindo-se, destarte, a tipicidade final.

Outro fator descriminalizante das condutas que formalmente caracterizariam os crimes de contrabando e descaminho (neste caso, principalmente com relação a este último), decorre do fato de serem eles considerados delitos econômicos e, por analogia, ser-lhes dado o mesmo tratamento dado aos demais delitos daquele jaez.

Para justificar a incidência desse fator descriminalizante, no entanto, faz-se importante, primeiramente, apontar a independência existente entre o procedimento administrativo e o processo criminal, avaliando-se a existência de alguma interferência daquele neste último.

A independência das jurisdições penal e administrativa e, conseqüentemente, entre os processos criminal e administrativo, foi, durante muito tempo, ponto controvertido na doutrina e na Jurisprudência. Atualmente predomina o entendimento de que são esferas distintas e autônomas – da mesma forma que, para a configuração do crime de sonegação fiscal, deve-se perquirir o dolo, bastando à caracterização da infração fiscal o resultado causado, os processos referentes a cada uma dessas infrações não podem ser dependentes, reconhecendo-se, destarte, a independência e autonomia entre as esferas administrativa e criminal.

Não obstante essa independência, é inegável que o procedimento administrativo em muito auxilia no desenvolvimento do processo criminal, de forma que, em se tratando de delitos econômicos, mormente crimes contra a ordem tributária, o esgotamento da esfera administrativa pode ser imprescindível à instauração de ação penal, existindo casos recentes em que esta foi suspensa ante a existência de recurso administrativo pendente de julgamento, bem assim em que o pagamento do tributo implicou a extinção da punibilidade do agente.

As discussões atinentes à matéria foram acentuadas com a edição da Lei nº 9.430/96 que, em seu artigo 83, dispôs ser necessária a decisão final na esfera administrativa para o encaminhamento de representação fiscal ao Ministério Público. Passou-se então a discutir se tal previsão legal seria uma condição de procedibilidade para a instauração, pelo Ministério Público, da ação penal, ou uma questão prejudicial, cujo resultado interferiria no julgamento do mérito.

Tal dispositivo não pode ser considerado condição de procedibilidade, sob pena de se infringirem princípios constitucionais, negando ao Ministério Público seu caráter de *dominus litis*. Inegável, contudo, que se trata de uma decisão cujo teor influi na decisão de mérito da esfera criminal, eis que se for constatada a inexigibilidade do tributo ou confirmado seu pagamento, não há que se falar em sonegação de tributo e, em consequência, na própria configuração do tipo penal, pelo que se mostra aplicável nessas hipóteses, por analogia, a disposição do artigo 93 do Código de Processo Penal.

Vislumbra-se, assim, a existência de uma questão prejudicial, de forma que, embora autônomas e independentes, a esfera administrativa exerce, nesses casos, importante influência sobre a esfera criminal. Não obstante ser a ação penal pública e incondicionada e ter o Ministério Público, conforme garante a Constituição, “total liberdade” de formar sua *opinio delicti* e de exercer o *jus persecuendi*, não constituindo a representação a que se refere o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 condição de procedibilidade para a propositura da ação penal, o prévio esgotamento da via administrativa mostra-se imprescindível para o oferecimento de denúncia por crime contra a ordem tributária. Afinal, tratando a Lei nº 8137/90 de crimes materiais ou de dano, não há como se admitir a instauração de ação penal se o próprio crime que ela imputa não está com a sua materialidade comprovada, tendo em vista discussão pendente acerca da existência ou não dos tributos elididos. Em não existindo materialidade, não há que se falar em interesse de agir por parte do Ministério Público e, conseqüentemente, falece de justa causa a respectiva ação penal.

Muito embora tenhamos concluído que o tributo é elemento normativo do tipo, cuja inexigibilidade ou extinção pelo pagamento retiram a tipicidade da conduta praticada, o Supremo Tribunal Federal, preferindo deixar de

lado as discussões atinentes à tipicidade, concluiu ser a decisão proferida na esfera administrativa condição objetiva de punibilidade, sem a qual a denúncia não pode ser recebida, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da autoridade fiscal, cuja existência ou o montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo. Decidiu também aquela Suprema Corte que, em razão desse fato, o prazo prescricional restaria suspenso enquanto obstada a definitividade do lançamento em razão dos recursos do contribuinte.

De qualquer forma, entendendo-se a extinção do tributo causa de exclusão da tipicidade ou condição objetiva de punibilidade, a posição dominante, consoante se expôs, entende ser o exaurimento do procedimento administrativo relevante para o desfecho da ação penal, devendo ser entendido, não como uma condição para sua procedibilidade, mas como espécie de “questão prejudicial”.

Considerando os crimes de contrabando (este em sua modalidade relativa) e descaminho, conforme se disse anteriormente, delitos aduaneiros e, em consequência, delitos econômicos, inegável também a existência dessa prejudicialidade no que se refere a esses delitos. Ora, se o descaminho exige, para sua configuração, a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, parece lógico que, em se reconhecendo a extinção do imposto devido ou sua inexigibilidade, descaracteriza-se a incidência penal. E essa afirmação vem corroborada pela disposição do Decreto nº 2.730/98, que em seu art. 1º, II, estabeleceu que idêntico procedimento previsto no artigo 83 da Lei nº 9.430/96 deve ser observado quando constatados indícios de prática dos crimes elencados no artigo 334 do Código Penal.

Observa-se, dessa forma, que se estabelecem na atual orientação legislativa – ao mesmo tempo em que se busca identificar condutas lesivas a bens jurídicos supra-individuais de natureza econômica (ordem tributária, seguridade social, meio ambiente etc.), decorrente, como se expôs, do implemento do Direito Penal Econômico –, mecanismos legais tendentes à extinção da punibilidade destas mesmas condutas.

Assim, a par da dicção do artigo 83 da Lei nº 9.430/96, outras leis contemplaram em seu bojo a possibilidade de ter o agente extinta sua punibilidade penal pelo pagamento do tributo devido. Consistem esses mecanismos legais em novas causas de extinção da punibilidade, atreladas à própria atuação do direito penal em setores onde anteriormente não se exigia sua presença. Enquanto as causas de extinção de punibilidade tradicionais visam a impedir a aplicação da pena, surgindo antes do início da ação penal ou após a sentença penal condenatória, essas novas causas de extinção de punibilidade requerem do agente um comportamento posterior e reparador do dano causado. Tais figuras fundamentam-se na desistência voluntária e na “reparação do dano”.

Ante a previsão legal de “novas” causas de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo, forçoso concluir que o pagamento do tributo ou, na linha do que se afirmou acima, a pendência de discussão a respeito na esfera administrativa, conforme conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, consistem em condição objetiva de punibilidade, uma vez que nas causas de extinção ou liberação da pena, a presença de um comportamento pós-delitivo positivo ‘reparatório’ afeta unicamente a punibilidade, restando intacto o campo do injusto e da culpabilidade.

Recentemente, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo vem prevista nas Leis nºs 9.249/95, 9.964/00 e 10.684/03 e, embora a orientação atualmente predominante da jurisprudência entenda por não ser aplicável aquela figura ao crime de descaminho, temos que, em sendo ele delito econômico, é possível admitir-se a ele aquele favor legal (extinção da punibilidade), o qual se aplica em face do princípio da isonomia a todos os crimes fiscais, nos quais se inclui o descaminho.

Conclui-se, assim, esta nova leitura dos crimes de contrabando e descaminho, os quais, embora há muito tempo já vinham sendo previstos nos ordenamentos jurídicos como modalidades delitivas, devem ser enquadrados como delitos econômicos, estendendo-se a eles o mesmo tratamento dado a essa espécie delitiva, e interpretados mediante o emprego de modernos critérios político-criminais, de forma que as condutas que impliquem uma ínfima lesão ao bem jurídico tutelado

não mais sejam objeto de tutela do Direito Penal, a quem compete, essencialmente, ocupar-se das condutas que, de fato, mereçam seu sancionamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista da Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr./jun. 1988.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário: Crimes contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- ANDREAS, Eisele. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da Insignificância Penal. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, n. 6, jan. 1994.
- BARROS, Felipe Luiz Machado. A sonegação fiscal e a questão da prejudicialidade da ação penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3880>>. Acesso em 23.05.04.
- BASTOS, Marcus Vinícius Reis. O princípio da insignificância e sua aplicação jurisprudencial. **Revista da AJUFE**, Brasília, ano 17, n. 58, mar./set. 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1983.
- BECHO, Renato Lopes. Princípio da Eficiência na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 438-440, jul. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. v.4. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 81-88, jul./set. 1996.

BRASIL. Decreto n. 2730, de 10 de agosto de 1998. Dispões sobre o encaminhamento ao Ministério Público Federal da representação Fiscal para fins penais de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967. Concede estímulos fiscais à capitalização das emprêsas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1455, de 07 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1650, de 19 de dezembro de 1978. Restringe a aplicação do artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e do artigo 18, parágrafo único, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2446, de 30 de junho de 1988. Dispõe sobre o pagamento dos tributos relativos ao ingresso de bens de procedência estrangeira, nas condições que menciona, e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2457, de 25 de agosto de 1988. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.446, de 30 de junho de 1988, e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 4729, de 14 de julho de 1967. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 6910, de 27 de maio de 1981. Restringe a aplicação do disposto no art. 2º da Lei nº4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, e revoga o Decreto-lei nº 1.650, de 19 dezembro de 1978. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 7799, de 10 de julho de 1989. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 8383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 9249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 9430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 9469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.



BRASIL. Lei n. 9964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 10522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível: site <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei n. 10684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível site: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 289, de 31 de outubro de 1997. Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União, e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Diário Oficial da União**, p. 24915, 04 nov. 1997.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 100, de 22 de abril de 2002. Estabelece normas para destinação dos bens apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal. Disponível site: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2002/MinisteriodaFazenda/default.htm>>.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 49, de 1º de abril de 2004. Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível site: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2004/MinisteriodaFazenda/default.htm>>.

BUSSADA, Wilson. **Contrabando e Descaminho Interpretados pelos Tribunais**. Campinas: Julex, 1997.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Amílton B. **Direito Alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de Contrabando e Descaminho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O Princípio da Insignificância ou Bagatela – Conceito, Classificação Hodierna e Limites. **Consulex: Revista Jurídica**. Brasília: Consulex, v.8, n.186, 15 out.2004, p. 59-63.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.353, p.14-26, mar.1965.
- CORRÊA, Antonio. **Dos Crimes contra Ordem Tributária**: Comentários à Lei n. 8.137, de 27-12-1990, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal**: Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 28, 1999.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; e DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. O Término do Processo Administrativo-Fiscal como Condição da Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, p. 63-79, abr./jun. 1998.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal Português: As conseqüências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas, 1993.

- FONSECA, Luiz Vidal da. **O princípio da insignificância no Direito brasileiro**. Disponível site: <<http://www.mt.trf1.com.br>> Acesso em 28 jun. 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 3.ed. Rev. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FREITAS, Maxsoel Bastos de. O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a.8, n.214, 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4791>>. Acesso em 15 ago. 2004.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Disponível em: Direito Criminal (18 mar. 2001). <<http://www.direitocriminal.com.br>> Acesso em 10 mai. 2002.
- \_\_\_\_\_. **Crimes tributários e encerramento do recurso fiscal**. Disponível em: Notícias Forenses, ed. 190, jul. 2004. <<http://www.noticiasforenses.com.br>>. Acesso em 23 out. 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Contrabando: Uma revisão de seus fundamentos teóricos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Código Penal Anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 402-411, nov. 1998.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: Análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais do direito penal**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOTT, Herman. Crimes contra a Ordem Tributária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3054>>. Acesso em: 12.03.04.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1987.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAGALHÃES, Joseli de Lima. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Disponível: site Jus Navegandi (08 mai. 2000). <<http://www.jus.com.br/doutrina/insign.html>> Acesso em 10 mai. 2001.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASCHIO, José. Crime Organizado domina os Sacoleiros. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 nov. 2004. Suplemento Dinheiro.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Justiça Penal: Celeridade e Reformulação. Justiça Penal: Crimes Hediondos, Erro em Direito Penal, Juizados Especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. vol. I. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. v.III. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 16.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Genney Randro Barros de. **Breves Anotações sobre o Princípio da Insignificância**. Disponível: *site* Instituto Praetorium (02 jun. 2003). <<http://www.praetorium.com.br/index.php?section=artigos&id=27>> Acesso em 10 mar. 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.1, 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Aparecida Tavararo. **Orientações para elaboração de monografias nos cursos universitários**. Curitiba: Faculdades Integradas Curitiba, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO JR., Gilberto José. **Crimes Econômicos: As Limitações do Direito Penal**. Campinas: Edicamp, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

RÊBELO, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 10, p. 61-67, jan./abr. 2000.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Insignificância: Interpretação Jurisprudencial**. 1. ed. São Paulo: Del Rey, 2000.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. **Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.775, p.432-448, mai.2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Diego-Manuel Luzon Peña. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Nuevas Tendencias Político-Criminales y Actividad Jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 39-50, jul./set. 1996.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan./mar. 1990.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães; CORRÊA, Paulo Fernando. Considerações sobre a Natureza Jurídica da Norma prevista no Art. 83 da Lei 9.430/96. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, p. 147-154, jul./set. 1998.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. A Descaracterização do Crime de Descaminho Embasado apenas na Inexistência de Comprovação do Recolhimento do Imposto de Importação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, vol. 706, p. 438-441, ago. 1994.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a Ordem Tributária. Breve análise da Lei nº 8.137/90. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3310>>. Acesso em 15.06.04.

SOUZA, Nelson Bernardes de. Crimes contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n.18, p. 93-101, abr./jun. 1997.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TENÓRIO, Igor. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brazil Annotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.4. São Paulo: Saraiva, 1990.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000. v. 6 / 7 / 8.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.